



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**A responsabilidade dos Estados-Membros da UE por violações de
direitos humanos cometidos por empresas no estrangeiro: o
problema da extraterritorialidade da Convenção Europeia dos
Direitos do Homem**

Mestrado Profissionalizante em Direito Internacional e Relações Internacionais

Autor

Filipa Raquel Pacheco Noronha Godinho

Professor Orientador

Fernando Loureiro Bastos

2018

Agradecimentos

Finda esta longa jornada, reservo um pequeno espaço para demonstrar os meus sinceros e profundos agradecimentos a todas as incontornáveis figuras que, ao longo do Mestrado Profissionalizante em Direito Internacional e Internacional, contribuíram, de uma forma ou outra, para a conclusão desta etapa, permitindo-me manter o ânimo e tornando possível a elaboração da presente dissertação.

Em primeiro lugar, o agradecimento maior caberá ao Professor Doutor Fernando Loureiro Bastos, que desde o primeiro momento tem sido incansável, mostrando-se sempre disponível e paciente para atender a todas as minhas dúvidas e ansiedades à distância de um mero e-mail. Os seus conselhos e a sua orientação foram determinantes, pelo que muito lhe agradeço pela confiança que depositou em mim enquanto orientanda.

À minha querida família – a minha mãe Maria de Fátima, o meu pai Alípio, o meu irmão Ricardo e todos os meus tios, tias e primos – pelo amor e apoio incondicional, por serem o pilar que me sustenta e estimula, mostrando-me que tudo é possível com força de vontade e humildade, sendo a eles que dedico este trabalho.

Aos meus grandes amigos – Ana Filipa Vaz, Catarina “Pipi” Sá Couto, Inês “Térére” Alvoeiro, Rute Mateus, João Antoniotti Santos, Francisco Andrade, e à Barítuna - pela presença constante, incentivo e amizade, mesmo nos tempos de maiores aflições e sem os quais nunca teria conseguido terminar esta extenuante caminhada.

Aos meus colegas do curso – Pedro Reis Santos e André Ortega Costa – com quem partilho memórias de estimulantes discussões, desabafos, e que tornaram a faculdade, desde a licenciatura ao mestrado, acima de tudo, memorável.

Por último, à minha segunda família em Roterdão – Claudia Cunsolo, Elisenda Pomares, Maca Cristobal, Margherita Pontisso, Mariam Lortkipanidze e Tania Peralta Serrano – e a todos os meus colegas da Erasmus University, pela sua inigualável amizade, companheirismo e motivação, que fizeram com que um ano de intercâmbio na Holanda passasse a voar, repleto de infindáveis recordações e experiências positivas.

Resumo

Tem-se registado uma crescente pressão nas empresas para que estas respeitem os direitos humanos nas suas operações globais, na medida em que cada vez mais é perceptível a interdependência entre comércio e direitos humanos.

O uso pelos Estados da jurisdição extraterritorial é uma questão controversa, em grande parte devido à importância da soberania territorial, mas a globalização tem colocado vários desafios quanto à eficácia deste sistema de base territorial.

A presente dissertação tem como enfoque a extensão da aplicabilidade dos direitos humanos fora dos seus limites territoriais (da “extraterritorialidade”), especialmente no enquadramento legal conferido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). A questão da investigação que nos guiou foi precisamente a possibilidade de a “CEDH ser aplicável extraterritorialmente de forma a responsabilizar os Estados-Membros da União Europeia (EU) por violações de direitos humanos cometidos pelas suas empresas”, tendo em consideração a futura adesão da UE à CEDH, assim coincidindo estas duas jurisdições que possuem âmbitos territoriais de aplicação diferentes.

Assim, entendendo que a UE e os seus Estados-Membros nem sempre fazem uso das oportunidades legais existentes para proteger os direitos humanos, especialmente em relação às empresas europeias que atuam fora da UE, este estudo tem como finalidade demonstrar a importância de explorar a possibilidade da aplicação extraterritorial da CEDH nestas situações.

Palavras-Chave: Direitos Humanos, Extraterritorialidade, Empresas, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, União Europeia

Abstract

There has been an increasing pressure on companies to respect human rights in their global operations, as interdependence between trade and human rights is becoming more apparent.

The use by States of extraterritorial jurisdiction is a controversial issue, largely due to the importance of territorial sovereignty, but globalization has posed several challenges regarding the effectiveness of this system.

The following dissertation focuses on the extension of human rights applicable outside their territorial limits ("extraterritoriality"), concerning the legal framework provided by the European Convention on Human Rights (ECHR) and the European Court of Human Rights (ECtHR). The question of the investigation was precisely the possibility of the ECHR being applied extraterritorially in order to hold the Member States of the European Union (EU) accountable for human rights violations committed by their companies in third countries, taking into account the future accession of the EU to the ECHR, thus coinciding these two jurisdictions that have different territorial scopes of application.

The EU and its Member States do not always make use of existing legal opportunities to protect human rights, especially in relation to European companies operating outside the EU and so this study aims to demonstrate the importance of extraterritorial application of the ECHR in these situations.

Keywords: Human Rights, Extraterritoriality, Companies, European Convention of Human Rights, European Union

Índice

I. Introdução.....	1
II. A Extraterritorialidade e os Direitos Humanos	11
III. As Empresas enquanto Atores Não-Estatais no âmbito do Direito Internacional ...	14
IV. O Debate sobre a Extraterritorialidade, as Empresas e os Direitos Humanos na Europa.....	17
V. Conselho da Europa	
5.1 Origem e Órgãos	23
5.1.1 Comité de Ministros.....	27
5.1.2 Assembleia Parlamentar	29
5.1.3 Comissário para os Direitos do Homem, o Secretariado, o Congresso dos Poderes Locais e Regionais e a Conferência de Organizações Não Governamentais Internacionais.....	31
5.2 Relação com a União Europeia e a Futura Adesão à CEDH	32
VI. Convenção Europeia dos Direitos do Homem	44
6.1 Origem e Natureza jurídica	45
6.2 Órgãos	48
6.3 Interpretação	49
6.4 Jurisdição.....	55
6.4.1 Primeiros Casos.....	61
6.4.2 Jurisdição Territorial e o Caso <i>Bankovic</i>	64
6.4.3 Controlo Efetivo ou Exercício de Autoridade	69
a) Territorial	70
b) Pessoal	73
6.4.4 Solução	77
VII. Obrigações dos Estados membros da CEDH	82
7.1 Obrigações Negativas.....	83
7.2 Obrigações Positivas	83
VIII. Dimensão extraterritorial das obrigações dos Estados em proteger os direitos da CEDH contra atos cometidos fora do seu território	90
IX. Conclusão	92
X. Bibliografia	96

I. Introdução

A globalização económica tem-se traduzido numa deslocalização de empresas de Estados desenvolvidos, como da Europa e dos Estados Unidos da América, para outros Estados consideravelmente mais pobres, em grande parte incentivados por baixos salários e pela existência de uma legislação local muito pouco exigente ao nível do enquadramento jus-laboral e jus-ambiental¹.

As empresas podem implicar importantes contribuições, visto que estes possuem uma enorme capacidade de criar riqueza, empregos e rendimento, de financiar bens públicos, e de gerar inovação e desenvolvimento em várias áreas relevantes para os direitos humanos². Nesse sentido, as empresas podem igualmente ter significantes impactos negativos em direitos humanos nas suas operações globais, com repercussões num amplo conjunto de direitos humanos incluindo direitos civis e políticos, direitos sociais e culturais, e direitos laborais³. Várias organizações não-governamentais (ONGs) têm registado ao longo desta última década um número crescente de violações de direitos humanos alegadamente cometidos por empresas europeias fora da União Europeia (UE)⁴.

Considerando os atos das empresas que operam no estrangeiro, com especial enfoque em países onde existe uma combinação entre um governo fraco, pouco ou quase nenhum respeito pelos direitos humanos e uma crescente corrupção, a não ser que tais violações equivalam a crimes internacionais, as companhias não estão sujeitas a qualquer obrigação internacional legal direta de respeitar direitos humanos e os mecanismos de execução continuam ausentes. Nesse caso, na ausência de tais mecanismos satisfatórios nos países onde as empresas operem, uma forma de os responsabilizar poderia decorrer através da extraterritorialidade de tratados de direitos humanos⁵.

¹ Ver F. LOUREIRO BASTOS (Coord. Marcelo Rebelo de Sousa, Eduardo Vera-Cruz Pinto), “Algumas notas sobre globalização e extraterritorialidade” em *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. I, Almedina, 2016, p. 444.

² Um interessante exemplo recente consiste no da Catalunha. Esta região detém não só uma forte identidade, com uma linguagem e um património cultural próprio, mas também detém um perfil socioeconómico particular que, no seu conjunto, motivaram os recentes acontecimentos nesta região. A Catalunha contabiliza cerca de 19% do PIB da Espanha, sendo que a sua economia se baseia numa longa tradição industrial, reforçada por um forte investimento estrangeiro, reunindo quase 609,000 empresas e assim possuindo o maior número de empresas a nível regional, que refletem igualmente num melhor sistema educacional, baixa desigualdade e num mercado de trabalho superior. Ver FINANCIAL TIMES, “Catalonia’s economic strength fuels independence push”, 28 de setembro de 2017, disponível em <https://www.ft.com/content/62118282-a35a-11e7-b797-b61809486fe2> (acedido a 8 de janeiro de 2018).

³ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises operating outside the European Union”, submitted by the University of Edinburgh, European Commission, 2009, pp. 8 a 9.

⁴ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 9.

⁵ Ver N. BERNAZ, “Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion”, *Journal of Business Ethics*, 2013, Volume 117, Number 3, p. 494.

Embora seja inequívoco que os Estados estão sujeitos a uma obrigação jurídica de proteger os indivíduos contra violações de direitos humanos, tem havido uma crescente pressão nas empresas para que estas respeitem os direitos humanos nas suas operações globais, na medida em que cada vez mais é perceptível a interdependência entre comércio e direitos humanos. Estes desenvolvimentos colocam vários desafios ao paradigma tradicional dos direitos humanos centrados no Estado, tanto no Direito Interno como no Direito Internacional. Este estudo tem como enfoque um desses desafios, nomeadamente qual a extensão da aplicabilidade dos direitos humanos fora dos seus limites territoriais (da “extraterritorialidade”)⁶, especialmente no enquadramento legal conferido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). A questão da investigação que nos guiou foi precisamente a possibilidade de a “CEDH ser aplicável extraterritorialmente de forma a responsabilizar os Estados Membros por violações de direitos humanos cometidos pelas suas empresas fora da UE”, tendo em consideração a futura adesão da UE à CEDH, assim coincidindo estas duas jurisdições que possuem âmbitos territoriais de aplicação diferentes. Nesse sentido pretendemos, em primeiro lugar, elucidar quanto aos conceitos sobre os quais este estudo incide, nomeadamente a extraterritorialidade e os direitos humanos, e as empresas enquanto atores não-estatais no âmbito do Direito Internacional, de forma a proporcionar um enquadramento global da matéria. Após a consolidação destas bases gerais, focamo-nos ao nível regional, ou seja, sobre o debate europeu sobre estes mesmos conceitos – a extraterritorialidade, as empresas e os direitos humanos –, procurando salientar a importância destes temas no seio da Europa, seja na UE como no Conselho da Europa e, em seguida, o nosso estudo centra-se precisamente no Conselho da Europa – a sua origem, órgãos, a relação do Conselho da Europa com a EU, incluindo a futura adesão desta à CEDH – e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem – origem e natureza jurídica, órgãos, interpretação e jurisdição – na medida em que é neste contexto legal que vamos explorar o problema da extraterritorialidade. Ulteriormente, concentramo-nos nas obrigações, negativas e positivas, dos Estados membros da CEDH e a sua dimensão extraterritorial, de maneira a ilustrar a possibilidade de os Estados serem responsabilizados por violações de direitos humanos cometidos pelas suas empresas no estrangeiro.

Alerta-se para o facto de que não existe muita bibliografia no que diz respeito ao Conselho da Europa e aos seus órgãos, sendo que muita da informação é disponibilizada pelo próprio Conselho através da *internet* ou em livros por eles publicados, tal como na doutrina que se

⁶ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 1.

debruça sobre a responsabilidade dos Estados por violações de direitos humanos cometidas por empresas, especialmente no âmbito da CEDH. Nesse sentido, a bibliografia aqui mencionada pode ser escassa e repetitiva, concentrando-se apenas num número limitado de autores ou materiais por esse mesmo motivo.

O uso pelos Estados da jurisdição extraterritorial direta é uma questão controversa, em grande parte devido à importância política e legal da soberania territorial, baseado na ideia de que cada Estado regula as atividades dentro do seu território de acordo com as suas próprias políticas e prioridades. No entanto, a globalização tem colocado vários desafios quanto à eficácia deste sistema de base territorial. Cada vez mais os governos reconhecem que, em certas áreas, uma eficaz regulamentação das atividades dentro do seu território requer algum grau de controlo sobre atividades privadas fora do seu território. Além disso, fatores de globalização, com o comércio internacional, o investimento estrangeiro, e as tecnologias modernas de comunicação, tem um grande impacto no aumento da probabilidade de sobreposição de ações judiciais⁷.

No estudo coordenado por Daniel Augenstein, Alan Boyle e Navraj Singh Ghaleigh, da Universidade de Edimburgo, e divulgado em 2013, podem-se verificar três tendências relacionadas com estas alegadas violações extraterritoriais de direitos humanos cometidas por empresas europeias, nomeadamente: a grande maioria destes abusos são cometidos por subsidiárias domiciliadas ou residentes no país onde a violação ocorreu, estando sujeitas ao próprio sistema legal daquele país; as vítimas dos Estados terceiros deparam-se com consideráveis obstáculos em obter uma forma de reparação efetiva e adequada, tanto no país terceiro como na UE; e, finalmente, os Estados onde as subsidiárias das empresas europeias operam e os Estados Membro da UE de onde estas empresas europeias atuam frequentemente estão diretamente envolvidas em abusos de direitos humanos, que podem equivaler a violações de direito interno, europeu ou internacional, e, no entanto, dificilmente envolvem falhas por parte da UE e dos seus Estados Membros em proteger direitos humanos através da lei, em relação às atividades extraterritoriais das empresas europeias⁸.

A investigação conduzida baseia-se numa investigação monodisciplinar legal, que consiste em recolher, analisar e sistematizar as normas legais da CEDH e aplicadas pelo TEDH na sua jurisprudência, em conjunto com uma análise dos fundamentos dos seus standards com recurso

⁷ Ver J. A. ZERK, “Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas”, Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper n.º 59, June 2010, p. 5.

⁸ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, pp. 9 a 10.

à adoção e apoio de um *input* heurístico da história legal⁹. O método preferido para esta investigação é a análise textual, nomeadamente da interpretação da lei e do estudo das fontes primárias (jurisprudência e a CEDH) e a contextualização trazida pela história legal. O tipo de investigação é essencialmente uma investigação legal doutrinária na medida em que recorreremos às doutrinas legais já existentes que proporcionam quais as regras a aplicar em determinadas situações visto que são formulações sistémicas da lei em certas circunstâncias¹⁰. Do nosso objeto de investigação excluiremos as questões relacionadas com *Corporate Governance* ou *Corporate Social Responsibility* (CSR), Direito Internacional Privado, Direito Comercial e do Investimento, Direito Civil e Criminal, e Direito Ambiental. Mesmo no âmbito das questões da extraterritorialidade, abster-nos-emos igualmente de um estudo aprofundado da Responsabilidade Internacional dos Estados e, pelo contrário, este estudo focar-se-á na CEDH concretamente, enquanto um instrumento internacional regional de direitos humanos, e na jurisprudência desenvolvida pelo TEDH, na medida em que este proporciona de longe o tratamento mais compreensivo e sistemático dos direitos do Estado em relação a violações de direitos humanos extraterritoriais¹¹. O fim desta investigação legal é a avaliação normativa, na medida em que temos em vista a análise das normas legais existentes, enquanto que a história legal providencia uma descrição e explicação de um fenómeno (investigação descritiva), nomeadamente de como e porque a lei evolui e modificou. Assim, é possível identificar dois níveis de investigação, ou seja, uma fase descritiva onde é apresentada uma perceção geral sobre o debate extraterritorial e os direitos humanos, quer no plano internacional quer no regional; de seguida, focar-nos-emos na avaliação normativa das fontes primárias, com destaque à CEDH e a sua jurisdição, a jurisprudência do TEDH, as obrigações positivas e negativas das Partes Contratantes e, finalmente, a dimensão extraterritorial da Convenção, *i.e.* a obrigação do Estado de proteger os direitos da Convenção contra atos cometidos fora do seu território e a obrigação do Estado de proteger os direitos da Convenção contra atos cometidos dentro do seu território mas que produzam efeitos no exterior).

A relevância deste tema prende-se igualmente com os objetivos subjacentes à visão geral dos direitos humanos enquadrados na UE em relação às empresas europeias que operem no

⁹ Ver S. TAEKEMA e B. VAN KLINK, 'On the Boarder. Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research' (2011) B.M.J. van Klink & H.S. Taekema (eds.), *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen: Mohr Siebeck, p. 17.

¹⁰ Ver P. CHYNOWETH, 'Legal Research' em *Legal Research in the Built Environment: A Methodological Framework*, Research Institute for the Built and Human Environment, University of Salford, 2008, p. 29.

¹¹ Ver D. AUGENSTEIN, "Study on the Legal Framework...", p. 19.

estrangeiro, principalmente com a iminente adesão da UE à CEDH¹², que são dois: em primeiro lugar, realçar as obrigações existentes dos Estados Membros para regular e controlar as atividades extraterritoriais das empresas relevantes para a proteção dos direitos humanos, proporcionando uma aplicação efetiva dos mecanismos em caso de violação; em segundo, identificar igualmente critérios procedimentais e substantivos que podem servir de orientação aos Estados Membros para regulamentar o comportamento relevante das empresas, de forma a proteger os direitos humanos através de outras áreas do Direito como, por exemplo, no comércio e em investimento, mesmo quando não estão legalmente obrigados a tal¹³.

Assim, entendendo que a UE e os seus Estados-Membros nem sempre fazem uso das oportunidades legais existentes para proteger os direitos humanos, especialmente em relação às empresas europeias que atuam fora da UE, este estudo tem por finalidade demonstrar a importância de explorar a possibilidade da aplicação extraterritorial da CEDH nestas situações. Além disso, de uma perspetiva legal, não há nada que impeça os Estados de, através de tratados multilaterais, de estenderem tal proteção até abusos de direitos humanos por empresas que não sejam ainda reguladas por regimes legais internacionais¹⁴.

Nesse sentido, apresentamos aqui a sequência do trabalho desenvolvido, designadamente: a Extraterritorialidade e os Direitos Humanos, as Empresas enquanto Atores Não-Estatais no âmbito do Direito Internacional, o Debate Europeu sobre a Extraterritorialidade, as Empresas e os Direitos Humanos, o Conselho da Europa – a sua origem e órgãos (Comité de Ministros, Assembleia Parlamentar, e o Comissário para os Direitos do Homem, o Secretariado, o Congresso dos Poderes Locais e Regionais e a Conferencia de Organizações Não-Governamentais Internacionais) e a relação com a União Europeia e a futura adesão à CEDH –, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – a sua origem e natureza jurídica, órgãos, interpretação, jurisdição (primeiros casos, jurisdição territorial e o caso *Bankovic*, e o controlo efetivo ou exercício de autoridade, tanto territorial como pessoal, e a solução) -, as obrigações dos Estados membros da CEDH – obrigações negativas e positivas -, a dimensão extraterritorial das obrigações dos Estados em proteger os direitos da CEDH contra atos cometidos fora do seu território, e por fim, a conclusão.

¹² A adesão da UE à CEDH denota um processo pelo qual a UE juntar-se-á à comunidade de 47 Estados europeus que se comprometeram em respeitar a Convenção e concordam com a supervisão pelo TEDH, tornando-se assim na 48.ª Parte Contratante. A adesão tornou-se numa obrigação legal prevista pelo Tratado de Lisboa, que entrou em força no dia 1 de dezembro de 2009, sendo a sua base legal o artigo 59.º, parágrafo 2, conforme emendado pelo Protocolo n.º 4 à Convenção (que entrou em vigor no dia 1 de junho 2010). Ver TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, “Accession of the European Union”, disponível em <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/accessionEU&c=> (acedido a 25 de maio de 2017).

¹³ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 18

¹⁴ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 32.

II. A Extraterritorialidade e os Direitos Humanos

A extraterritorialidade determina que as normas de uma certa ordem jurídica possam produzir efeitos no espaço geográfico de uma ordem jurídica distinta, pelo que ela pode tanto consistir, segundo Loureiro Bastos, “numa manifestação de respeito pelas ordens jurídicas alheias, ao exigir que os seus nacionais devem ter um comportamento consistente qualquer que seja o local onde atuam ou se encontram, tal como representar um inequívoco sintoma de desconfiança com que determinadas ordens jurídicas olham para a forma como as outras enquadram e apreciam determinados comportamentos, como pretensão para impor um sistema de valores que são estranhos à ordem jurídica onde estão a atuar os seus nacionais”¹⁵. Assim sendo, a extraterritorialidade pode ser utilizada como um “instrumento de difusão de um determinado modelo de organização política, económica, social ou cultural, e pode constituir um instrumento de imperialismo jurídico, como também um modo eficaz de alcançar a prossecução de valores de natureza universal ou potencialmente universal”¹⁶.

Constituindo fundamentalmente num instrumento de atuação jurídica, podem ser encontradas duas dimensões na extraterritorialidade, nomeadamente uma dimensão essencialmente territorial, na medida em que a extraterritorialidade permite que no espaço geográfico de uma determinada ordem jurídica sejam aplicadas normas que pertencem a uma ordem jurídica distinta, tal sucedendo nas representações diplomáticas sedeadas num Estado estrangeiro ou nos navios que circulam num espaço que não esteja submetido à sua soberania ou jurisdição; e uma dimensão primordialmente pessoal da extraterritorialidade, que visa a aplicação das normas da ordem jurídica de um Estado a comportamentos ou aos efeitos das atividades que os seus nacionais mantenham fora do seu espaço geográfico, sucedendo quando uma ordem jurídica cria mecanismos jurídicos que visam obrigar os seus nacionais a atuar no estrangeiro de uma forma equivalente aquela a que estão obrigados no âmbito de aplicação territorial da sua própria ordem jurídica¹⁷.

Com maior regularidade tem se verificado o recurso à jurisdição extraterritorial em diversas áreas. Segundo De Schutter, a utilização da jurisdição extraterritorial pode-se fundar em quatro argumentos, nomeadamente para combater crimes internacionais, para endereçar crimes transnacionais, para exercer pressão no Estado de acolhimento, para melhorar as éticas da

¹⁵ Ver F. LOUREIRO BASTOS, “Algumas notas sobre...”, p. 442.

¹⁶ Ver F. LOUREIRO BASTOS, “Algumas notas sobre...”, p. 442.

¹⁷ Ver F. LOUREIRO BASTOS, “Algumas notas sobre...”, pp. 442 a 443.

globalização e, por fim, a jurisdição extraterritorial enquanto uma consequência não intencional¹⁸.

O desenvolvimento da jurisdição extraterritorial pode ser atribuída, em primeiro lugar, ao enorme progresso do Direito Internacional Penal, visto que, de forma a cumprir com os requerimentos de Direito Internacional Humanitário ou da Convenção contra a Tortura, ou para a implementação do Estatuto de Roma do Tribunal Internacional Penal, um certo número de Estados têm incluído na sua legislação penal provisões que permitem uma investigação ou uma ação por crimes internacionais, mesmo quando tais crimes tenham sido cometidos fora do seu território nacional¹⁹.

O segundo argumento reside na necessidade de endereçar crimes transnacionais como o terrorismo, o tráfico de seres humanos ou o abuso sexual de crianças no estrangeiro (turismo sexual), que também explica o uso de jurisdição extraterritorial num largo número de instâncias²⁰.

Um terceiro fator explicativo do aumento do uso da jurisdição extraterritorial, especialmente por forma a controlar as empresas transnacionais nas suas operações no estrangeiro, reside no uso da extraterritorialidade de forma a atingir objetivos políticos, ao colocar pressão nos Estados onde estas operações estejam a decorrer²¹.

Uma quarta explicação que tenha levado ao uso da jurisdição extraterritorial é a necessidade de moralizar o comportamento do comércio no contexto da globalização económica, particularmente quando os Estados são encorajados a exercer alguma forma de jurisdição extraterritorial de modo a melhorar a responsabilidade das empresas. Embora as Orientações para as Empresas Multinacionais da OCDE não seja um documento juridicamente vinculativo, podemos encontrar referências semelhantes à jurisdição extraterritorial que os Estados podem exercer num variado número de tratados, alguns dos quais estão estritamente ligados às situações de abusos de direitos humanos e motivados pela necessidade de moralizar a globalização económica, como por exemplo, a Convenção da OCDE no Combate ao Suborno dos Agentes Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003)²².

¹⁸ Ver O. DE SCHUTTER, "Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations", Background Paper for the Seminar organized in collaboration with the Office of the UN High Commissioner for Human Rights 3-4 November 2006 on the issue of human rights on transnational corporations and other enterprises, Faculté de Droit de L'Université Catholique de Louvain, December 2006, p. 2.

¹⁹ Ver O. DE SCHUTTER, "Extraterritorial Jurisdiction as a tool...", p. 2.

²⁰ Ver O. DE SCHUTTER, "Extraterritorial Jurisdiction as a tool...", p. 3.

²¹ Ver O. DE SCHUTTER, "Extraterritorial Jurisdiction as a tool...", p. 4.

²² Ver O. DE SCHUTTER, "Extraterritorial Jurisdiction as a tool...", p. 5.

Por último, o aumento da confiança na jurisdição extraterritorial pode resultar do facto de os Estados entenderem que têm que juntar e coordenar esforços para endereçar certos problemas coletivos, como os crimes internacionais e transnacionais ou comportamentos não-éticos das empresas nas suas operações no estrangeiro, ou pela prossecução pelo Estado de uma estratégia individual na procura de um objetivo político, ou noutros casos, a jurisdição extraterritorial pode se desenvolver sem tal ter sido intencional pelos instrumentos que o tornaram possível, mas apenas uma consequência do uso inventivo das vítimas de certas legislações, cujo objetivo primário não era necessariamente estabelecer uma forma de jurisdição extraterritorial²³.

O escopo extraterritorial dos direitos humanos trata-se de um assunto multidimensional. De acordo com o seu princípio da universalidade, os direitos humanos são inerentes a cada ser humano e investidos a todas as pessoas, sendo eles definidos por atos legais específicos, tanto por tratados internacionais, quer universais como regionais, como por costume internacional²⁴. No entanto, as situações extraterritoriais referidas na jurisprudência internacional e reconhecidas como abrangidas pela regulação de tratados de direitos humanos são limitadas, incluindo situações onde os agentes do Estado exercem controlo sobre uma determinada pessoa que está situada fora do território do Estado e situações de ocupação do território de outro Estado. Existem igualmente situações de fronteira onde é difícil de qualificar um ou outro grupo. Além disso, os dois tipos de situações não são mutuamente exclusivos e podem se sobrepor. Uma pessoa pode estar dentro do controlo territorial do Estado, ou seja, na área controlada por este, mas não se encontrar sobre o seu controlo pessoal e vice-versa. Ele pode estar no imediato controlo pessoal dos agentes do Estado no território ocupado por esse Estado. Assim, mais do que a mera possibilidade da aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos, as concretas circunstâncias nas quais estas podem surgir e a sua extensão são controversas²⁵. As questões principais nesta área incluem o seguinte: será a aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos uma exceção ou uma regra quando um Estado controla uma área ou pessoa fora do seu território?²⁶ Quais são os requerimentos para um tratado de direitos humanos para ser aplicável em tais situações, será o controlo efetivo ou geral? Ou será talvez algo mais, como por exemplo uma forma de relação legal entre o Estado e a pessoa afetada por esta ação? Qual o critério que será decisivo, o controlo sobre um

²³ Ver O. DE SCHUTTER, “Extraterritorial Jurisdiction as a tool...”, p. 6.

²⁴ Ver E. KARSKA e K. KARSKI, “Introduction: Extraterritorial Scope of Human Rights”, *International Community Law Review* 12, 2015, p. 396.

²⁵ Ver M. GONDEK, *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, School of Human Rights Research Series Volume 32, Intersentia, 2009, p. 121.

²⁶ Importa esclarecer que a produção de efeitos de tratados em relação a terceiros é distinta da produção extraterritorial da legislação interna de um Estado a seus nacionais fora do seu território.

território ou sobre as pessoas? E qual a o nível de controlo necessário? Qual o nível ou extensão (natureza) das correspondentes obrigações do Estado? A jurisprudência evolutiva tem vindo a endereçar algumas destas questões, podendo-se retirar algumas ilações mesmo que não tenham sido tratadas diretamente. Contudo, muito continua por ser clarificado nesta área²⁷.

III. As Empresas enquanto Atores Não-Estatais no âmbito do Direito Internacional

Um sujeito no âmbito do Direito Internacional consiste numa entidade que possui direitos e obrigações no plano internacional, nomeadamente que tenha tanto a capacidade para intentar ações internacionais de forma a preservar os seus direitos, como para ser responsabilizado por violações das suas obrigações através de ações intentadas contra ele, este último desenvolvido pelos Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a responsabilidade internacional²⁸. Desta definição convencional pode-se extrair que uma entidade de qualquer tipo reconhecida pelo direito costumeiro como sendo capaz de possuir direitos e obrigações e de intentar e ser submetido a ações internacionais é entendida como sendo uma entidade jurídica. Se esta última condição não estiver preenchida, a entidade em causa pode ter uma capacidade jurídica limitada, dependendo do acordo ou do consentimento dos sujeitos legais reconhecidos, apenas podendo ser contestadas no âmbito internacional por aqueles que consentiram ou concordaram²⁹.

Em termos clássicos, os principais sujeitos de Direito Internacional eram os Estados e durante séculos estes foram considerados como sendo os únicos sujeitos, pelo facto de serem os únicos a possuírem completa capacidade legal, para além de determinadas exceções como a Santa Sé e a Ordem Soberana e Militar de Malta, muito embora por razões históricas³⁰.

Tendo em conta este enunciado histórico, é compreensível a posição tomada pelos positivistas de Direitos Humanos internacionais, cujos instrumentos são endereçados principalmente à relação entre os Estados e os indivíduos, pelo que, nesse sentido, o Direito Internacional não impõe responsabilidades diretas sobre as violações de direitos humanos para as entidades

²⁷ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 122.

²⁸ Para mais informações, ver os trabalhos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados da Comissão de Direito Internacional, disponível em http://legal.un.org/ilc/guide/9_6.shtml#top (acedido a 15 de janeiro de 2018).

²⁹ Ver J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th Edition, Oxford University Press, 2012, p. 115.

³⁰ Ver J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles...*, p. 115, e J. KLABBERS, *International...*, p. 67 e M. PENTIKAINEN, "Changing International 'Subjectivity' and Rights and Obligations under International Law – Status of Corporations, *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 1, January, 2012, p. 146.

empresariais para além de alguns casos excepcionais, uma limitação que já tem sido questionada na doutrina, como por Andrew Clapham e Olivier De Schutter³¹.

À parte dos Estados, as organizações internacionais, como o caso das organizações intergovernamentais (por exemplo, as Nações Unidas, a UE ou a Organização Mundial do Comércio), são hoje pacificamente consideradas como sujeitos de Direito Internacional desde que preencham certas condições, como a capacidade para intentar ações sobre o Direito Internacional, estabelecido pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) na sua opinião *Reparations for Injuries*³² de 1949³³, tal como os indivíduos, e não apenas como meros objetos da regulação internacional, visto que estes gozam de direitos diretamente no âmbito do Direito Internacional, em particular na forma de critérios de Direitos Humanos, sobre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados, como também podem ser responsabilizados por violações de obrigações internacionais com a emergência do Direito Internacional Penal³⁴.

No entanto, as referências aos Estados e entidades políticas semelhantes, às organizações e aos indivíduos não esgotam o número de entidades ativas no plano internacional, verificando-se com maior frequência o envolvimento das empresas, quer públicas e privadas, a exercer uma atividade económica em um ou mais Estados para além do Estado em que foram estabelecidos ou em que têm a sua sede³⁵.

As empresas constituem uma entidade que se encontra legalmente separada dos seus membros, gozando de personalidade jurídica própria, podendo ser detentoras de direitos e obrigações³⁶. O desenvolvimento legal no âmbito do Direito Internacional relativas às empresas decorreu em grande parte devido à alteração do contexto económico. O aumento do comércio internacional enquanto um aspeto da globalização levou à criação de uma vasta cadeia de comércio transnacional controlado pelas denominadas “empresas multinacionais” (MNEs), que podem estar organizadas dentro da própria multinacional, consistindo em várias subsidiárias conectadas, mas controladas pela empresa-mãe, ou podem ser compostas por entidades economicamente integradas, mas legalmente separadas. Em quaisquer dos casos, a noção legal

³¹ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and Businesses, 14th Informal ASEM Seminar on Human Rights”, Background Paper, Asia-Europe Meeting 18-20 November 2014, Hanoi (Vietnam), p. 12.

³² Ver TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports 1949.

³³ Ver J. KLABBERS, *International Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 67.

³⁴ Ver J. KLABBERS, *International...*, p. 68.

³⁵ Ver J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles...*, p. 121.

³⁶ Ver P. T. MUCHLINSKI, “Corporations in International Law” em Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law, 2014, parágrafo A, 1.

de empresa tem um papel fundamental na estrutura da empresa subjacente e os riscos que acarreta³⁷.

Hoje em dia os recursos disponíveis para as empresas podem ser maiores do que dos Estados mais pequenos, dispondo de um forte apoio diplomático do seu Estado de origem. Tais empresas podem igualmente celebrar acordos, incluindo acordos de concessão com governos estrangeiros, detendo muitas das características dos acordos celebrados entre Estados³⁸. Para além disso, a conduta das empresas pode por vezes ser atribuída ao Estado, tendo em vista a sua responsabilização, e entidades separadas controladas pelo Estado podem requerer a imunidade perante tribunais estrangeiros, embora nem sempre seja fácil distinguir entre empresas controladas de perto pelos governos como órgãos ou agentes para tais propósitos, na medida em que a atribuição de personalidade separada sobre o direito nacional não implica a autonomia perante o Estado para os fins do Direito Internacional³⁹.

Tradicionalmente, a noção de empresa tem sido alocada dentro das jurisdições nacionais. No entanto, o carácter transnacional das empresas modernas tem levantado questões de se o Direito Internacional deverá igualmente desenvolver normas que respeitem a estas entidades. Embora historicamente a categoria de sujeitos de Direito Internacional tem sido entendido como sendo restrita, recentemente tem se registado desenvolvimentos em sentido contrário, verificando-se exigências com respeito à responsabilidade das empresas por atos que violem o Direito Internacional e, de igual forma, exigências por um conjunta económica de investimento transparente, estável e previsível, que têm dado azo a regras especializadas no Direito Internacional, e oferecendo uma proteção aos seus investidores, entre outros⁴⁰.

No que toca aos instrumentos de Direitos Humanos e à jurisprudência, estes afirmam igualmente a responsabilidade de entidades não-estatais de não violarem tais direitos, como o caso do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que refere que de cada indivíduo e órgão da sociedade é expectável que estes promovam os Direitos Humanos. Além disso, o artigo 30.º da Declaração considera que as entidades não-estatais têm um dever de não participar na destruição de direitos, tal como o artigo 17.º da CEDH. Contudo, o Direito Internacional como se encontra atualmente não proporciona um critério legal explícito e preciso quanto à responsabilidade civil e penal, tanto a nível internacional e nacional, para as empresas com respeito aos abusos de direitos humanos⁴¹. Os sistemas regionais e nacionais

³⁷ Ver P. T. MUCHLINSKI, “Corporations in...”, parágrafo A, 5.

³⁸ Ver V. LOWE, *International Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2007, p. 16.

³⁹ Ver J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles...*, p. 122.

⁴⁰ Ver P. T. MUCHLINSKI, “Corporations in...”, parágrafo A, 5.

⁴¹ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, p. 13.

têm em alguns casos desenvolvido o que entende como sendo critérios de “equivalentes funcionais” da responsabilidade empresarial direta, através de progressos jurisprudenciais ligados à obrigação do Estado de proteger e às causas de pedir numa ação de responsabilidade civil. Com respeito à responsabilidade penal internacional, o Estatuto do TIJ⁴² proporciona uma jurisdição sobre as pessoas naturais e não legais. Contudo, os indivíduos dentro das empresas ou com estes relacionados podem ser responsabilizados por atos de empresas que conduzem a abusos de direitos humanos⁴³.

Nesse sentido, o Direito Internacional fica aquém de conferir capacidade legal internacional às entidades empresariais de forma a serem reconhecidos como sujeitos no âmbito do Direito Internacional, pelo que dificilmente as empresas podem ser consideradas responsáveis por violações de direitos humanos nesse plano, embora não se deva excluir completamente a possibilidade, num futuro próximo e com a evolução da jurisprudência e do Direito Internacional em geral, de tal realidade se verificar.

IV. O Debate sobre a Extraterritorialidade, as Empresas e os Direitos Humanos na Europa

De forma a expor o enquadramento legal dos Direitos Humanos na UE em relação às empresas europeias que operem no estrangeiro, e de que forma a CEDH pode colmatar certas lacunas e reforçar este quadro legal, é necessário igualmente compreender todo o debate ao nível da EU e ao nível do Conselho da Europa sobre estas mesmas questões.

Ao nível da UE, em 1999, o Parlamento Europeu pediu à Comissão e ao Conselho para desenvolverem uma base legal correta para o estabelecimento de um enquadramento multilateral europeu que governasse as empresas que operassem pelo mundo inteiro. De acordo com uma resolução do Parlamento Europeu, o modelo de código de conduta para as empresas europeias deveria de incorporar os critérios ambientais, bem-estar animal e saúde da UE, acrescentando aos critérios mínimos internacionais aplicáveis⁴⁴. Este último deveria incluir, entre outros, a Declaração Tripartida de Princípios da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre as Empresas Multinacionais e a Política Social e as Orientações da OCDE para as Empresas Multinacionais; as principais convenções da OIT; a Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas e os diferentes pactos em direitos humanos; a

⁴² Ver ESTATUTO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, disponível em <https://www.unric.org/html/portuguese/charter/Estatutotij.pdf> (acedido a 15 de janeiro de 2018).

⁴³ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, p. 13.

⁴⁴ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 6.

Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica e outras convenções das Nações Unidas relevantes na área da proteção ambiental, bem-estar animal e saúde pública; e a Convenção da OCDE sobre a Corrupção. Em particular, o Parlamento Europeu solicitou à Comissão Europeia que esta reforçasse o requerimento de que todos os atores privados que levassem a cabo operações em países terceiros em nome da UE e financiados de acordo com o orçamento da Comissão no Fundo Europeu de Desenvolvimento, agissem consoante com o Tratado de UE em respeito aos direitos fundamentais, sendo as empresas que não cumprissem estas disposições não teriam direito a continuar a receber fundos da UE, em particular dos seus instrumentos para assistência com o investimento no países terceiros⁴⁵.

Em 2001, a Comissão Europeia anunciou uma aproximação mais coerente e consistente aos direitos humanos nas suas políticas internas e externas, com vista à promoção dos direitos humanos e democratização dos compromissos nas relações externas, consistentes com a Carta dos Direitos Fundamentais da UE. No seu Livro Verde para a promoção de um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas⁴⁶ de 2001, a Comissão reconheceu uma obrigação da UE no quadro das suas políticas de cooperação de assegurar o respeito os direitos de direitos laborais, proteção ambiental e direitos humanos, considerando que os códigos de conduta e não uma alternativa para as regras vinculativas nacionais, europeias e internacionais. Na sua Resolução de 2007⁴⁷, o Parlamento Europeu defendeu uma nova parceria na *Corporate Social Responsibility* (CSR)⁴⁸. Ao reafirmar o dever primário das autoridades estatais a exercer controlo sobre as empresas em observarem os critérios sociais e ambientais, o Parlamento convocou uma mudança de uma visão processual para uma abordagem virada para os resultados no tocante à CSR, e uma combinação de iniciativas voluntárias de CSR com normas legais vinculativas que permitiriam responsabilizar as empresas. Na sua conclusão de 2009 sobre os direitos humanos e a democratização em países terceiros⁴⁹, o Conselho da UE sublinhou a importância de integrar aspetos de direitos humanos em todas as áreas das políticas da UE, incluindo todas as políticas temáticas e geográficas relevantes, recomendadas no

⁴⁵ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 6.

⁴⁶ Ver COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, “LIVRO VERDE: Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas”, COM(2001)366 final, disponível em http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20020416/doc05a_pt.pdf (acedido a 15 de janeiro de 2018).

⁴⁷ Ver PARLAMENTO EUROPEU, *European Parliament Resolution of 13th March 2007 on Corporate Social Responsibility: A New Partnership* (2006/2133(INI)).

⁴⁸ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 6.

⁴⁹ Ver COMISSÃO EUROPEIA, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 8 May 2001 - The European Union's role in promoting human rights and democratisation in third countries* [COM(2001) 252 final - not published in the Official Journal].

trabalho feito pelo Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Direitos Humanos e Empresas Transnacionais e Outras Empresas e a Comissão Europeia⁵⁰. A Comissão, nas suas propostas mais recentes para a Estratégia Europeia 2020⁵¹, inclui um compromisso de avançar uma política europeia renovada de promover a responsabilidade social das empresas (CSR). Na sua Comunicação de 2010 sobre política industrial⁵², a Comissão indicou que iria avançar com uma nova política em CSR, e no Ato para o Mercado Único⁵³ esta destacou que tal assumiria a forma de uma nova comunicação da Comissão em responsabilidade social das empresas, que seria adotada no início de 2011. Segundo a Comissão, esta Comunicação abordaria três assuntos em particular: como as empresas divulgam as informações ambientais, sociais e de governança, as empresas e direitos humanos, e o apoio da UE aos instrumentos internacionais de responsabilidade social empresarial⁵⁴. Em outubro de 2011, foi divulgada *A Renewed EU Strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility*⁵⁵ que integra uma nova definição de responsabilidade social das empresas, atualmente entendida como “*the responsibility of enterprises for their impacts on society*”. Segundo este enquadramento internacional existente, a responsabilidade internacional das empresas significa o respeito por “*human rights, labour and employment practices (such as training, diversity, gender equality and employee health and well-being), environmental issues (such as biodiversity, climate change, resource efficiency, life-cycle assessment and pollution), and combating bribery and corruption. Community involvement and development, the integration of disabled persons, and consumer interests, including privacy, are also part of the CSR agenda. The promotion of social and environmental responsibility through the supply-chain, and the disclosure of non-financial information, are recognised as important cross-cutting issues. The Commission has adopted a communication of EU policies and volunteering in which it acknowledges employee volunteering as an expression of CSR*”⁵⁶.

⁵⁰ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 6.

⁵¹ Ver COMISSÃO EUROPEIA, EUROPE 2020 - A strategy for smart, sustainable and inclusive growth /* COM/2010/2020 final */

⁵² Ver COMISSÃO EUROPEIA, Communication of 28 November 2010 from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - An Integrated Industrial Policy for the Globalisation Era, Putting Competitiveness and Sustainability at Centre Stage [COM (2010) 614 final - not published in the Official Journal].

⁵³ Ver COMISSÃO EUROPEIA, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Single Market Act Twelve levers to boost growth and strengthen confidence "Working together to create new growth" /* COM/2011/0206 final */

⁵⁴ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, pp. 6 a 7.

⁵⁵ Ver COMISSÃO EUROPEIA, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility /* COM/2011/0681 final */

⁵⁶ Ver F. LOUREIRO BASTOS, “Algumas notas sobre...”, pp. 448 a 449.

Nesse sentido, a questão da interligação entre extraterritorialidade e atividade económica tem sido objeto de atenção no âmbito da responsabilidade social das empresas (CSR). Contudo, o CSR é um modelo puramente voluntário de autorregulação (*self-regulation*) adotado por muitas empresas, sendo difícil conjugar a realidade e a economia globalizada de hoje em dia com tais compromissos voluntários⁵⁷, sendo necessárias soluções mais assertivas para responder aos problemas que surgem quanto à atuação das empresas europeias no estrangeiro.

Os impactos negativos ambientais e de direitos humanos das empresas europeias que operam fora da UE têm recebido uma atenção considerável dos denominados “antigos” Estados Membros, ou seja, os primeiros Estados a aderirem à UE. Na década passada, várias propostas foram feitas de forma a melhorar a responsabilidade das empresas europeias por violações extraterritoriais de direitos humanos, como na Bélgica e no Reino Unido. Em 2009, o Ministro do Comércio Exterior holandês solicitou um estudo denominado *The Legal Liability of Dutch parent companies for subsidiaries’ involvement in violations of fundamental, internationally recognised rights* e, na Alemanha, o Grupo de Trabalho em Direitos Humanos e Empresas, que integra o Governo alemão, indústrias, associações de trabalhadores, sindicatos e organizações da sociedade civil emitiu uma declaração conjunta reafirmando o compromisso de todas as partes signatárias em respeitar e promover os direitos humanos no plano internacional⁵⁸. No seu relatório mais recente, o Comité Conjunto sobre Direitos Humanos da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns no Reino Unido identificou um conjunto de impactos negativos ambientais e de direitos humanos pelas empresas inglesas no estrangeiro, em particular nos países com uma *governance* mais fraca do que no Reino Unido. As provas consideradas pelo Comité revelaram diferentes graus de “cumplicidade” empresarial nas violações de direitos humanos, variando desde a direção ou supervisão inadequada das subsidiárias até ao apoio financeiro concedido pelas empresas aos Estados onde operam e que constantemente violem direitos humanos, lucrando assim com tais suas operações, realçando também os impactos negativos de direitos humanos por indústrias e empresas de alto risco que operam em zonas de conflito⁵⁹. Tendo em consideração o potencial para a proteção de direitos humanos em relação às empresas inglesas que operem fora da UE, o Comité referiu que a aplicação de condições às empresas-mãe baseadas no Reino Unido, com o propósito de regular a sua relação com o Governo inglês ou os seus acionistas no Reino Unido, desde que tivesse efeitos extraterritoriais,

⁵⁷ Ver site do EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, “Business and Human Rights”, disponível em https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights.html (acedido a 5 de dezembro de 2012).

⁵⁸ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 7.

⁵⁹ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 7.

seria menos intrusivo do que a aplicação direta da jurisdição dos tribunais ingleses às violações das obrigações de direitos humanos no estrangeiro, recomendando igualmente que o Governo considerasse quais os critérios que as empresas inglesas deveriam de respeitar⁶⁰. Neste contexto, o Comité Conjunto inglês e a sua contraparte francesa, a *Comission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*, têm chamado os seus governos a desenvolver estratégias em empresas e direitos humanos, de forma a melhorar a coerência legal e política entre os departamentos do Estado e em relação às empresas privadas⁶¹.

O presente debate é menos avançado nos chamados “novos” Estados-Membros, *i.e.*, que aderiram posteriormente à EU em comparação com os “novos” Estados-Membros. Na Polónia, tem havido até ao momento pouca discussão, seja política ou legal, sobre os impactos ambientais e de direitos humanos das empresas polacas que operem fora da EU, facto que se aplica mais ou menos na mesma extensão à República Checa, Eslovénia e Roménia. Razões para isto parecem se prender com a circunstância de relativamente poucas empresas domiciliadas nesses países operarem no exterior, especialmente fora da EU, e com a situação de as empresas transnacionais tradicionais operarem, através das suas subsidiárias, nos Estados-Membros, em vez do contrário. Assim sendo, o debate sobre empresas e direitos humanos está predominantemente focado nos abusos ambientais e de direitos humanos pelas empresas nos “novos” Estados Membros⁶². Na Polónia, um problema recorrente é a empregabilidade de trabalhadores estrangeiros pelas empresas polacas alegadamente em violação de critérios de direitos humanos. Exemplos da Roménia incluem alegadas violações de direito ambiental e de direitos humanos pelas transnacionais nos setores da silvicultura e mineira. Na República Checa vários casos têm sido reportados nos quais os tribunais nacionais mostravam-se relutantes em proteger os cidadãos checos contra violações de direito ambiental e de direitos humanos. Exemplos incluem ações judiciais contra multinacionais por alegados danos pessoais e ambientais causados no decurso das atividades siderúrgicas da empresa no Norte da Roménia⁶³.

⁶⁰ Relacionando esta matéria com o *Brexit*, a saída do Reino Unido da UE não terá implicações na relação e nos compromissos que aquele tenha com o TEDH e com a CEDH, sendo que formalmente, ao deixar a UE, o Reino Unido passaria a juntar-se aos restantes 19 Estados não-membros da UE que fazem parte do Conselho da Europa, mantendo as suas obrigações perante esta intactas. No entanto, em grande parte por virtude do sentimento eurocepticista que se tem verificado no Reino Unido, muitos são aqueles que se relevam hostis igualmente com a CEDH e o TEDH, pelo que as chances de este deixar o sistema de Estrasburgo também dependerá da política britânica nos anos que seguirem. Ver S. GREER, “Implications of Brexit for the European Convention on Human Rights”, E-International Relations, Julho 2017, disponível em <http://www.e-ir.info/2017/07/27/implications-of-brexit-for-the-european-convention-on-human-rights/> (acedido a 6 de dezembro de 2017).

⁶¹ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, pp. 7 a 8.

⁶² Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 8.

⁶³ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 8.

Ao nível do Conselho da Europa, cabe ao Comité Diretivo para os Direitos Humanos (CDDH)⁶⁴ estabelecer os standards quanto aos direitos humanos. Desde 2001 que, a pedido do Comité de Ministros, um processo tem sido realizado de forma a desenvolver novos standards que digam respeito especificamente à relação entre o comércio e direitos humanos. Isto levou à conclusão, em 2014, da Declaração do Comité de Ministros sobre os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos⁶⁵. A Declaração demonstra um grande apoio na implementação destes Princípios Orientadores pelos Estados membros do Conselho da Europa, pedindo-lhes que tomem as medidas apropriadas para proteger os direitos humanos contra abusos cometidos por empresas, formular e implementar políticas e medidas para promover que todas as empresas respeitem os direitos humanos, dentro e fora das jurisdições nacionais, para assegurar o acesso a uma reparação dentro do seu território e/ou jurisdição, e para desenvolver planos nacionais de ação em comércio e direitos humanos⁶⁶.

Para além desta Declaração, a 2 de março de 2016, o Comité de Ministros adotou a Recomendação do Comité de Ministros dos Estados Membros sobre direitos humanos e empresas. Apesar de não ser um instrumento vinculativo, a Declaração salienta aos Estados membros do Conselho da Europa o seu compromisso para contribuir para uma efetiva implementação dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos ao nível europeu, recomendando que os seus governos revejam a sua legislação nacional e prática de forma a assegurar que estes respeitem as recomendações, princípios e orientações suplementares, e avaliem a eficácia das medidas em intervalos regulares; que assegurem, através dos meios e ações apropriadas, uma larga disseminação desta recomendação entre as suas autoridades competentes e acionistas, com vista a sensibilizar a responsabilidade empresarial para respeitar o direitos humanos e contribuir para a sua realização; partilhar exemplos de boas práticas relacionadas com a implementação desta recomendação, tendo em vista a sua inclusão num sistema partilhado de informação, a ser

⁶⁴ O Comité Diretivo para os Direitos Humanos (CDDH), estabelecido em 1976 pelo Comité de Ministro, compreende por peritos que representam os 47 Estados Membros do Conselho da Europa, e outros peritos que representam a Sociedade Civil. O Comité está encarregue de conduzir o trabalho intergovernamental do Conselho da Europa, com especial relevância para os critérios legais europeus e a jurisprudência relevante do TEDH, tal como aconselhar, quanto a questões jurídicas, o Comité de Ministros em todas as áreas dentro da sua competência. Ver *site* do CONSELHO DA EUROPA, “Protect and promote Human Rights – Human Rights Development”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/> (acedido a 6 de dezembro de 2012).

⁶⁵ Ver COMITÉ DE MINISTROS, “Declaration of the Committee of Ministers on the UN Guiding Principles on business and human rights”, CDDH-CORP(2014)10, 2014, disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c6ee3b (acedido a 7 de dezembro de 2017).

⁶⁶ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, p. 29.

estabelecido e mantido pelo Conselho da Europa, e que está acessível ao público, incluindo através de referência para sistemas de informação existentes; partilhar planos na implementação nacional dos Princípios Orientadores (os chamados “Planos Nacionais”), incluindo Planos Nacionais de Ação revistos e boas práticas com respeito ao desenvolvimento e revisão dos Planos Nacionais de Ação num sistema partilhado de informação; e, por último, examinar, dentro do Comité de Ministros, a implementação desta recomendação num máximo de 5 anos depois da sua adoção, contanto com a participação dos acionistas⁶⁷.

Há igualmente um apêndice a esta Recomendação que incide sobre as medidas concretas que os Estados membros devem adotar, nomeadamente quanto à implementação dos Princípios Orientadores, o dever do Estado de proteger direitos humanos, a ação do Estado em permitir que a responsabilidade empresarial respeite direitos humanos, o acesso à reparação, e as adicionais medidas de proteção de trabalhadores, de crianças, de pessoas indígenas e de defensores de direitos humanos.

V. O Conselho da Europa

5.1 Origem e Órgãos

Finda a Segunda Guerra Mundial, surgiram movimentos a favor de todas as democracias europeias enquanto resposta às ameaças aos direitos fundamentais e à liberdade política que dominavam o continente europeu durante a Guerra e que ressurgiram enquanto novas formas de totalitarismo no pós-Guerra.

Os resultados imediatos mais significativos do Comité Internacional de Movimentos para a Unidade Europeia, aquando do Congresso de Haia em maio de 1948, foram a fundação do Conselho da Europa a 5 de maio de 1949 e a redação pelos Estados membros do projeto da Convenção para a Salvaguarda de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais a 4 de novembro de 1950, que entrou em vigor a 3 de setembro de 1953⁶⁸.

O Conselho da Europa foi a primeira organização política estabelecida após a Segunda Guerra Mundial, com vista a fomentar uma maior unidade e cooperação entre os povos e nações da Europa. Em 1943, durante uma transmissão em tempo de guerra, Sir Winston Churchill antecipou os grandes problemas que o mundo pós-guerra enfrentaria, referindo a necessidade

⁶⁷ Ver COMITÉ DE MINISTROS, “Recommendation of the Committee of Ministers to member States on human rights and business”, CM/Rec(2016)3, 2016, disponível em [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec\(2016\)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec(2016)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true) (acedido a 7 de dezembro de 2017).

⁶⁸ Ver F. JACOBS e A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 2nd Ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 3.

de um Conselho da Europa regional, complementando a organização mundial encabeçada pela ONU. Estas ideias enraizaram-se nos restantes políticos europeus que, depois da guerra e no regresso do tempo de paz entusiasticamente moveram-se em sentido de criar uma Europa mais unida. Em maio de 1948, mais de 700 delegados de dezasseis países e observadores de outros dez estiveram presentes no denominado Congresso da Europa, em Haia, Países Baixos, que visionavam uma Europa unida, em particular uma Assembleia europeia, uma Carta e um Tribunal dos Direitos Humanos. Estas propostas foram desenvolvidas pelo Movimento Europeu, uma organização não-oficial estabelecida após o Congresso de Haia, tendo sido submetidas aos governos da Bélgica, França, Luxemburgo, Países Baixos e do Reino Unido que, no início de 1948, formaram a Organização do Tratado de Bruxelas (OTB) cujo objetivo era alimentar a cooperação militar, económica, social e cultural. A março de 1949, a Dinamarca, Irlanda, Itália, Noruega e Suécia foram convidadas a apoiar estes países da OTB na preparação de um documento constitutivo para a nova organização, pelo que a 5 de maio, os ministros de dez Estados⁶⁹ encontraram-se no Palácio de St. James, em Londres, Inglaterra, de forma a assinar o Estatuto do Conselho da Europa, cuja sede situar-se-ia na cidade de Estrasburgo, como símbolo da reconciliação do pós-guerra⁷⁰.

Hoje em dia, o Conselho conta com quarenta e sete Estados membros, conjugando não só os vinte e oito Estados-Membros da EU, como também os restantes países da Europa Ocidental, continuando a ser uma das maiores instituições políticas europeias.

Presentemente, fazem parte do Conselho da Europa a Albânia (1995), Alemanha (1950), Andorra (1994), Arménia (2001), Áustria (1956), Azerbaijão (2001), Bélgica (1949), Bósnia-Herzegovina (2002), Bulgária (1992), Chipre (1961), Croácia (1996), Dinamarca (1949), Eslovénia (1993), Espanha (1977), Estónia (1993), Finlândia (1989), França (1949), Geórgia (1999), Grécia (1949), Holanda (1949), Hungria (1990), Irlanda (1949), Islândia (1950), Itália (1949), Letónia (1995), Liechtenstein (1978), Lituânia (1993), Luxemburgo (1949), ex-República jugoslava da Macedónia (1995), Malta (1965), Moldávia (1995), Mónaco (2004), Montenegro (2007), Noruega (1949), Polónia (1991), Portugal (1976), Reino Unido (1949), República Checa (1993), República Eslovaca (1993), Roménia (1993), Rússia (1996), São Marino (1988), Sérvia (2003), Suécia (1949), Suíça (1963), Turquia (1950) e Ucrânia (1995)⁷¹,

⁶⁹ Bélgica, França, Holanda, Luxemburgo, Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Itália, Noruega e Suécia.

⁷⁰ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of Europe – A concise guide*, Directorate of Press and Information, Strasbourg 1982, pp. 11 a 12.

⁷¹ Ver I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, 2015, p. 25. Ver site do CONSELHO DA EUROPA, “47 Member States,” disponível em <https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states> (acedido a 29 de dezembro de 2017).

e como países observadores o Canadá, Estados Unidos da América, Japão, México e a Santa Sé, enquanto que o Israel apenas é membro observador da Assembleia Parlamentar. Do continente europeu, o único Estado não membro do Conselho da Europa é a Bielorrússia.

Desde a sua expansão que os objetivos do Conselho continuam a ser os mesmos, *i.e.*, a cooperação para uma maior unidade Europeia, de forma a melhorar as condições de vida e desenvolver os valores humanos, e defender os princípios da democracia parlamentar e direitos humanos⁷², segundo o artigo 1.º do Estatuto do Conselho da Europa.

A própria Convenção, nos seus artigos 2.º a 18.º, reflete as preocupações e objetivos do Conselho da Europa, em cujo preâmbulo as Partes Contratantes reafirmam “o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro lado, uma conceção comum e no comum respeito dos direitos do homem”⁷³. O objetivo do Conselho da Europa consiste em alcançar uma maior unidade entre os seus membros, de forma a salvaguardar e realizar os ideais e princípios que constituem herança comum e facilitar o seu progresso económico e social. Tais objetivos são prosseguidos, segundo o artigo 1.º do Estatuto, pelos órgãos do Conselho através da discussão de preocupações comuns e através de acordos e ações comuns sobre questões económicas, sociais, culturais, científicas, legais e administrativas, tal como a manutenção e realização posterior de direitos humanos e liberdades fundamentais.⁷⁴

Dada a preocupação do Conselho com a democracia parlamentar, este incluiu entre os seus órgãos não só o Comité de Ministros enquanto órgão executivo, mas também o primeiro órgão parlamentar europeu, a Assembleia Consultiva, hoje conhecida como Assembleia Parlamentar. Outra característica única do Conselho da Europa enquanto uma organização internacional é o requerimento presente no artigo 3.º do Estatuto que determina que cada Estado Membro deve aceitar os princípios do Estado de Direito e de que todas as pessoas dentro da sua jurisdição gozam de direitos humanos e das liberdades fundamentais. Apenas o Estado que observe tais princípios se pode tornar membro do Conselho da Europa, segundo o artigo 4.º do Estatuto. O artigo 8.º possibilita que um Estado membro que viole o artigo anterior seja suspenso dos seus direitos de representação e o Comité de Ministros pode requerer igualmente que aquele seja retirado do Conselho da Europa nos termos do artigo 7.º, ou até expulso se o Estado em questão continuar em incumprimento.

⁷² Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, pp. 12 a 13.

⁷³ Ver CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, Preâmbulo.

⁷⁴ Ver F. JACOBS e A. WHITE, *The European Convention...*, pp. 3 a 4.

A singularidade destes artigos reside no facto de que as questões de direitos humanos tradicionalmente recaíam sobre a jurisdição nacional dos Estados e só seriam da preocupação do Direito Internacional se os interesses de outro Estado fossem afetados como, por exemplo, pelo tratamento dos seus nacionais. No entanto, os conceitos tradicionais de Direito Internacional e de soberania do Estado podem-se revelar inadequados por forma a justificar a exclusiva prerrogativa do Estado na proteção dos seus nacionais. Tais direitos pressupõem, antes de mais, a proteção contra o próprio Estado, visto que os valores do Estado democrático requerem uma garantia coletiva e não existirem limites à negação da liberdade. A criação do Conselho da Europa e a adoção da CEDH representam o reconhecimento de que a proteção dos direitos humanos não pode ser separada da própria existência dos Estados europeus independentes⁷⁵.

Qualquer Estado europeu que aceite tais princípios pode se tornar membro, mas se por alguma razão um deles cesse de respeitar estes princípios democráticos, ele pode ser expulso da organização pelos restantes membros⁷⁶.

Esta combinação entre uma ampla participação, competência geral e uma estrutura que reúne os representantes de governo, parlamento, organizações não-governamentais e até autoridades locais nas suas deliberações fazem do Conselho uma organização internacional única⁷⁷.

Efetivamente, uma das características mais importantes e distintas do Conselho da Europa consiste na promoção de valores europeus e, neste contexto, a premência do Direito tem relevância, ao dizer respeito tanto às relações entre os Estados e os indivíduos submetidos à sua jurisdição, como às relações entre os próprios Estados⁷⁸.

Nalguns domínios, como é o caso dos direitos humanos, o nível de exigência fixado é superior ao que está estabelecido pela comunidade internacional no seu conjunto. Para um Estado poder vir a ser membro do Conselho da Europa é necessário que este preenche critérios precisos, ligados ao respeito das obrigações inscritas na Convenção e em outros instrumentos jurídicos conexos. Nesse sentido, os Estados comprometem-se a respeitar determinados valores e princípios, tais como, a liberdade individual, a liberdade política e a preeminência de toda a democracia verdadeira, entre outros. No caso de Portugal, este só se tornou membro após a implantação da democracia, com a aprovação da Constituição e a realização de eleições livres⁷⁹.

⁷⁵ Ver F. JACOBS e A. WHITE, *The European Convention...*, pp. 4 a 5.

⁷⁶ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 12.

⁷⁷ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 14.

⁷⁸ Ver I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, p. 24

⁷⁹ Ver I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, pp. 24 a 25.

O campo de ação do Conselho da Europa pode ser visto sob duas perspectivas fundamentais: a promoção, defesa e garantia dos direitos humanos e a cooperação internacional em diversas áreas. O Conselho da Europa, financiado pelos seus Estados membros em função da sua riqueza e população, comporta, no seu organigrama, a Assembleia Parlamentar, o Comité de Ministros, o Comissário para os Direitos do Homem e o Secretariado⁸⁰.

5.1.1 Comité de Ministros

O Comité de Ministros é o órgão decisório do Conselho da Europa e com competência para agir em nome deste. Aqui encontram-se diretamente representados os governos nas decisões políticas do Conselho, cujos membros são os Ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados membros ou um representante seu de cada Estado membro. Para além de fornecer um fórum para a discussão de assuntos políticos de interesse europeu, o Comité decide a ação a tomar quanto às recomendações pela Assembleia Parlamentar e às propostas de comités governamentais e outros peritos. As suas decisões podem ter a forma de recomendações dirigidas a governos de Estados membros e o Comité pode igualmente adotar textos de tratados internacionais, conhecidos como acordos ou convenções europeias, que são vinculativas aos Estados que as ratifiquem. Outras funções incluem a aprovação do orçamento da organização, que é financiado pelas contribuições dos governos, e a redação de programas de atividades intergovernamentais anuais baseado num plano a médio-prazo de cinco ou seis anos⁸¹, conforme definido no Capítulo IV do Estatuto (artigos 13.º a 21.º) e, para além disso, o Comité intervém ainda como órgão de controlo da Convenção, nos termos dos artigos 46.º, n.º 2 e 47.º da CEDH.

No que toca à conclusão de tratados no âmbito do Conselho da Europa, estes são redigidos e negociados no enquadramento institucional conferido pelo próprio Conselho, sendo que as negociações culminam com uma decisão do Comité em adotar o texto final do tratado proposto. Após tal decisão, concorda-se em disponibilizar o tratado para os Estados membros do Conselho assinarem e, se tal for necessário, para os outros Estados ou organizações que tenham tomado parte na sua elaboração⁸². As convenções do Conselho da Europa não são atos estatutários da organização, na medida em que a sua existência legal deriva do consentimento dos próprios Estados membros que os assinam e ratificam. Além disso, a maior parte das

⁸⁰ Ver I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, p. 25.

⁸¹ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 15.

⁸² Ver *site* do CONSELHO DA EUROPA, “About Treaties: About Conventions in the Council of Europe Treaty Series (CETS)”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/about-treaties> (acedido a 10 de novembro de 2017).

convenções do Conselho da Europa fazem referência aos Estados não membros da organização que queiram tornar-se parte, mediante convite do Comité de Ministros e por intermédio do procedimento de adesão⁸³. Seguindo a prática introduzida pelo Conselho de Ministros em 1965, muitos relatórios explicativos das convenções têm sido publicados. Tais relatórios são preparados por um comité de peritos instruídos para elaborar um rascunho da convenção em questão e são publicados quando a convenção é adotada pelo Comité. Estes relatórios facilitam a sua implementação, embora não constituam carácter interpretativo obrigatório⁸⁴.

A presidência das reuniões é rotativa e os encontros dos Ministros dos Negócios Estrangeiros (nível ministerial) ocorrem em privado duas vezes por ano em Estrasburgo, de forma a avaliar o progresso da cooperação europeia e a estabelecer as orientações para o trabalho do Conselho. Entre estas reuniões, os delegados, representantes permanentes dos governos que são acreditados para o Conselho da Europa, reúnem-se semanalmente e detêm os mesmos poderes de decisão que os ministros, embora as decisões políticas mais importantes sejam deixadas para estes⁸⁵. Os delegados dos ministros são igualmente coadjuvados pelo seu *Bureau*, por grupos de relatores, coordenadores temáticos e grupos de trabalho *ad hoc*, estruturas informais sem quaisquer poderes decisórios⁸⁶. O trabalho de redigir propostas de convenções e recomendações, tal como a implementação de decisões ministeriais é normalmente deixado aos comités técnicos de peritos, compostos por funcionários públicos dos governos nacionais⁸⁷. O procedimento de votação no Comité de Ministros é complicado. Cada um dos representantes tem direito a um voto. Em geral, as maiores decisões políticas e recomendações aos governos requerem unanimidade, enquanto que as decisões orçamentais podem ser tomadas por uma maioria de dois terços e as decisões procedimentais por maioria simples⁸⁸.

⁸³ A participação na maior parte dos tratados celebrados no âmbito do Conselho da Europa não está exclusivamente limitada aos Estados Membros do Conselho Europeu. Os tratados em questão estão “abertos” à adesão por um Estado não membro, inclusive Estados fora da Europa, na medida em que estes tenham sido formalmente convidados para aderir pelo Comité de Ministros. As modalidades estão geralmente especificadas nas disposições relevantes de cada tratado. Ver *site* do CONSELHO DA EUROPA, “About Treaties: About Conventions in the Council of Europe Treaty Series (CETS)”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/about-treaties> (acedido a 10 de novembro de 2017) e “Participation of Non-member States”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/participation-of-non-member-states> (acedido a 10 de novembro de 2017).

⁸⁴ Ver *site* do CONSELHO DA EUROPA, “About Treaties: About Conventions in the Council of Europe Treaty Series (CETS)”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/about-treaties> (acedido a 8 de janeiro de 2018).

⁸⁵ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 16.

⁸⁶ Ver *site* do CONSELHO DA EUROPA, “The Committee of Ministers”, disponível em <http://www.coe.int/en/web/cm> (acedido a 4 de julho de 2017).

⁸⁷ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, pp. 16 a 17.

⁸⁸ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 16.

As iniciativas políticas em direção a uma maior unidade europeia são tomadas não só nas reuniões dos Ministros dos Negócios Estrangeiros e dos seus delegados, mas também nas conferências regulares de ministros especialistas. Estas conferências abrangem várias áreas da responsabilidade governamental, nomeadamente a segurança social, assuntos familiares, migração, cultura, desporto, saúde, planeamento regional, ambiente, autoridades locais e a justiça⁸⁹.

5.1.2 Assembleia Parlamentar

Enquanto que o Comité de Ministros reúne representantes de governos dos Estados membros, a Assembleia Parlamentar é a emanção dos parlamentos nacionais. Aquando da sua criação enquanto Assembleia Consultiva em 1949, esta foi a primeira assembleia parlamentar internacional na história, adicionando uma dimensão parlamentar às relações internacionais, que previamente era monopolizado pelos governos.

Embora a Assembleia seja um órgão meramente consultivo e deliberativo sem poderes legislativos, é a força motora por detrás do Conselho da Europa. As suas recomendações ou pareceres ao Comité de Ministros têm dado início a ações e tem intervindo em várias áreas importantes no trabalho do Conselho no que respeita à promoção da democracia e unidade na Europa, como é o caso da CEDH, a Carta Social Europeia, várias convenções na proteção de animais, a Convenção Europeia sobre o Estatuto Legal dos Trabalhadores Migrantes e a Convenção Europeia na Supressão do Terrorismo, entre outros⁹⁰.

Em contraste com o Parlamento da UE, cujos membros são eleitos diretamente nos Estados membros, os 324 membros da Assembleia são eleitos ou nomeados pelos seus parlamentos nacionais. O parlamento de cada Estado membro envia uma delegação entre oito a dezoito representantes, dependendo do tamanho da sua população, que deverá refletir um equilíbrio das forças políticas no parlamento nacional⁹¹.

Em Estrasburgo, os representantes formam os seus próprios grupos políticos, registando-se atualmente cinco grandes grupos: o Grupo do Partido Popular Europeu/Democratas Europeus (EPP/CD), o Grupo Socialista (SOC), o Grupo dos Conservadores Europeus (EC), a Aliança dos Liberais e Democratas pela Europa (ALDE) e o Grupo Confederal da Esquerda Unitária

⁸⁹ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 17.

⁹⁰ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 17.

⁹¹ Foi atribuído o mesmo número de representantes (dezoito) à Alemanha, França, Itália e Reino Unido, enquanto que os restantes Estados foi atribuído um mínimo de 2. Para Portugal foi fixado em sete o número de membros da delegação parlamentar. Ver I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, p. 25.

Europeia (UEL), havendo igualmente um grupo cujos membros não pertencem a nenhum dos grupos políticos.

A Assembleia reúne-se quatro vezes por ano em Estrasburgo para sessões plenárias semanais e cada grupo nacional de representantes deverá ter um número equivalente de substitutos de forma a assegurar que a força de voto se mantenha se algum dos representantes estiver ausente⁹².

Em sessão, a Assembleia poderá debater acerca de qualquer aspeto da atividade europeia, incluindo assuntos políticos, económicos, sociais, culturais e legais. Assuntos militares relacionados com a defesa estão excluídos, visto que esta matéria se encontrando fora da competência do Conselho da Europa⁹³. A Assembleia elege igualmente o Secretário-Geral, o Comissário para os Direitos Humanos e os juízes para o TEDH⁹⁴.

Tendo em conta que a Assembleia só se reúne quatro vezes por ano, a maior parte do trabalho se concentra nos treze comités especializados que se reúnem em intervalos regulares durante o ano. Estes comités, criados pela Assembleia de entre os seus membros, abrange matérias políticas e económicas, questões sociais e de saúde, assuntos legais, cultura e educação, ciência e tecnologia, planeamento regional e autoridades locais, agricultura, relações com países terceiros (não-membros), o orçamento e o programa de trabalhos intergovernamental, migrantes, refugiados e demografia, tal como as relações públicas e parlamentares. De momento, existem nove comités especializados, sem contar com o Bureau, o Comité Permanente e o Comité Misto. O *Bureau*, por sua vez compreende o Presidente, vinte Vice-Presidentes, os presidentes dos comités especializados ou os seus substitutos, e está encarregue de vários deveres como a preparação da agenda da Assembleia, a gestão dos assuntos do dia-a-dia, etc. O Comité Permanente, reúne o Presidente da Assembleia e os presidentes das delegações nacionais, com a responsabilidade de agir em nome da Assembleia quando esta não está em sessão, e por último, um certo número de parlamentários dos Estados membros e um representante de cada governo reúnem-se três vezes por ano para coordenar o trabalho dos comités e para preparar as sessões da Assembleia, no denominado Comité Misto⁹⁵.

⁹² Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 18.

⁹³ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 19.

⁹⁴ Ver CONSELHO DA EUROPA, “O Conselho da Europa: Guardião dos Direitos Humanos (Resumo)”, disponível em <https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjVzdqt-7TXAhWEXRoKHRjOAiEQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fedoc.coe.int%2Fen%2Findex.php%3Fcontroller%3Dget-file%26freeid%3D5795&usg=AOvVaw18Ns26d00Tk009553glw7> (acedido a 10 de novembro de 2017).

⁹⁵ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 19, e Ver *site* da ASSEMBLEIA PARLAMENTAR, “Working Structure: The Bureau and the committees”, disponível em http://website-pace.net/en_GB/web/apce/bureau-and-committees.

As moções parlamentares são, em primeiro lugar, referidas ao apropriado comité especialista que, por sua vez, aponta um relator para redigir um relatório e elaborar resoluções ou recomendações para submeter à Assembleia em plenário. A Assembleia também debate (mais concretamente, emite uma opinião) sobre os relatórios do Comité de Ministros e considera o programa de trabalhos intergovernamental daquele, antes de ser aprovado. Enquanto parte deste contínuo diálogo com o Comité de Ministros, a Assembleia também submete frequentemente as suas próprias recomendações designadas para influenciar a escolha das atividades prosseguidas pelo Conselho⁹⁶.

4.1.3 O Comissário para os Direitos do Homem, o Secretariado, o Congresso dos Poderes Locais e Regionais e a Conferencia de Organizações Não-Governamentais Internacionais

A figura do Comissário para os Direitos do Homem foi criada com a Resolução 50(99) do Comité de Ministros de 5 de maio de 1999. Trata-se de uma instância não judiciária encarregue da promoção da educação, da sensibilização e do respeito dos direitos humanos conforme definidos nos instrumentos do Conselho da Europa. Com a entrada em vigor do Protocolo n.º 14, o Comissário passou a poder intervir no processo pendente perante o TEDH por direito próprio, segundo o artigo 36.º da CEDH⁹⁷. Nesse sentido, ele examina e denuncia as violações dos direitos humanos, dispondo de total independência para tal exercício⁹⁸.

O Secretariado, por seu turno, é composto pelo Secretário-Geral, um Secretário-Geral Adjunto, e pelo pessoal administrativo. Os primeiros são eleitos pela Assembleia Parlamentar enquanto que os últimos são recrutados nos Estados membros. O Secretário-Geral dirige e representa o Conselho da Europa, enquanto que o Secretariado engloba cerca de uma dezena de direções que cobrem variadas áreas de atuação do Conselho da Europa. O papel deste na promoção, proteção e desenvolvimento dos direitos humanos ganhou um novo relevo aquando da candidatura e entrada dos países do centro e leste europeus no Conselho, especialmente com o artigo 52.º da CEDH, que possibilita ao Secretário-Geral solicitar a qualquer Estado membro

⁹⁶ Ver CONSELHO DA EUROPA, *The Council of...*, p. 19.

⁹⁷ Ver I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, p. 26.

⁹⁸ Ver CONSELHO DA EUROPA, “O Conselho da Europa: Guardião dos Direitos Humanos (Resumo)”, disponível em <https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjVzdqt-7TXAhWEXRoKHRjOAiEQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fedoc.coe.int%2Fen%2Findex.php%3Fcontroller%3Dget-file%26freid%3D5795&usg=AOvVaw18Ns26d00TkV009553glw7> (acedido a 10 de novembro de 2017).

os esclarecimentos pertinentes que achar conveniente quanto à forma como o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições da CEDH⁹⁹.

O Congresso dos Poderes Locais e Regionais, composto por 636 representantes eleitos, é responsável pelo reforço da democracia local e regional, representando mais de 200 000 autoridades locais e regionais, e, por último, a Conferência de Organizações Não Governamentais Internacionais representa a sociedade civil e promove a democracia participativa¹⁰⁰.

4.2 Relação com a União Europeia e a Futura Adesão à CEDH

Antes de mais, o Conselho da Europa e a UE constituem duas organizações autónomas e distintas uma da outra. O Conselho da Europa é uma organização internacional com base em Estrasburgo composta por 47 Estados membros da Europa, que tem como objetivo promover a democracia e proteger os direitos humanos e o Estado de Direito na Europa, enquanto que a UE, por sua vez, é composta por 28 Estados-Membros que delegaram algum dos seus poderes, sendo que as decisões sobre certas matérias de interesse comum são tomadas democraticamente a nível europeu.

No Tratado fundador do Conselho da Europa previa-se a possibilidade de adesão de qualquer Estado europeu que comungasse do princípio do primado do Direito e do princípio da garantia dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, o seu património comum¹⁰¹. Nesse sentido, o Conselho da Europa constituiu uma das vias dirigidas ao aprofundamento da integração europeia e ao reforço da cooperação política no espaço europeu. O Conselho da Europa impulsionou igualmente o projeto de integração política da EU, na medida em que, por um lado, servia como uma espécie de antecâmara de adesão às Comunidades Europeias, fornecendo assim uma certificação da qualidade democrática dos Estados candidatos e, por outro, o sistema de proteção dos direitos fundamentais instituídos no âmbito do Conselho da Europa serviu de inspiração ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que, em face do silêncio dos tratados constitutivos e com recurso à jurisprudência pretoriana, num primeiro

⁹⁹ Ver I. CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia...*, pp. 26 a 27.

¹⁰⁰ Ver CONSELHO DA EUROPA, “O Conselho da Europa: Guardião dos Direitos Humanos (Resumo)”, disponível em <https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwjVzdqt-7TXAhWEXRoKHRjOAiEQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fedoc.coe.int%2Fen%2Findex.php%3Fcontroller%3Dget-file%26freid%3D5795&usg=AOvVaw18Ns26d00TkV009553glw7> (acedido a 10 de novembro de 2017).

¹⁰¹ Ver M. LUÍSA DUARTE, *O Conselho da Europa e a Proteção dos Direitos do Homem*, Documentação e Direito Comparado, n.º 39/40 1989, Procuradoria Geral da República, Lisboa, 1991, p. 201.

momento firmou na ordem jurídica comunitária os princípios gerais de direito comum aos Estados europeus e a proteção dos direitos fundamentais¹⁰².

No que concerne aos Estados membros do Conselho da Europa, há que salientar aqueles que não são membros da UE, nomeadamente a Albânia, Arménia, Azerbaijão, Bósnia-Herzegovina, Croácia, Geórgia, Islândia, Macedónia, Moldávia, Montenegro, Noruega, Rússia, Sérvia, Suíça, Turquia e a Ucrânia.

O Conselho da Europa distingue-se igualmente do Conselho da União Europeia e do Conselho Europeu, na medida em que aquele é um dos órgãos institucionais legislativos da UE, para além do Parlamento Europeu, composto pelos ministros de cada um dos Estados-Membros, variando conforme o tópico em discussão, e este último é igualmente uma instituição da UE composta pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros, em conjunto com o Presidente da Comissão Europeia, com o propósito de definir a política estratégica geral da UE¹⁰³.

O Conselho da Europa e a UE têm mantido uma longa tradição de cooperação com base nos seus valores fundamentais, nomeadamente em direitos humanos, na democracia e no Estado de Direito, com a missão de espalhar estes valores por toda a Europa e além, ambos beneficiando de vantagens, competências e conhecimentos, e ao mesmo tempo evitando uma sobreposição desnecessária¹⁰⁴. Com enfoque nestes valores, o Conselho da Europa aproxima os governos de toda a Europa e além a acordarem em standards mínimos legais em variadas áreas, monitorizando o quão bem eles aplicam os standards que escolheram assinar, proporcionando também assistência técnica, e muitas vezes trabalhando com a UE de forma a alcançar estes objetivos. A UE refere esses mesmos valores europeus como sendo um elemento crucial para o aprofundamento do processo de integração económico e político. Por muito tempo, a UE baseou-se nos critérios do Conselho da Europa para elaborar os seus instrumentos e acordos legais, que se aplicam aos seus 28 Estados-Membros, de forma a colmatar a ausência de um catálogo de direitos fundamentais nos respetivos tratados constitutivos, tendo inspirado igualmente a redação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁰⁵, pelo que a CEDH teve uma grande importância enquanto fonte material de direitos fundamentais na

¹⁰² Ver T. VIOLANTE (Org. Nuno Canas Mendes e Francisco Pereira Coutinho), “Conselho da Europa” em *Enciclopédia das Relações Internacionais*, D.Quixote, 2014, p. 101.

¹⁰³ Ver *site* do CONSELHO DA EUROPA, “The Council of Europe in a brief - Do not get confused”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/about-us/do-not-get-confused?desktop=true> (acedido a 23 de setembro de 2017).

¹⁰⁴ Ver *site* do CONSELHO DA EUROPA, “The Council of Europe and the European Union – The Council of Europe and the European Union: different roles, shared values”, disponível em <http://www.coe.int/en/web/portal/european-union> (acedido a 23 de setembro de 2017).

¹⁰⁵ Ver J. E. M. MACHADO, *Direito Internacional*, 4.ª ed., Coimbra Editora, p. 421.

ordem jurídica comunitária. Embora todos os Estados-Membros das Comunidades Europeias fossem parte do Conselho da Europa e tivessem ratificado a CEDH, enquanto sujeitos de Direito Internacional, aquelas não aderiram ao mecanismo de garantia da Convenção. No entanto, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias por diversas vezes defendeu na sua jurisprudência a integração dos direitos consagrados pela CEDH na ordem jurídica comunitária, na medida em que, enquanto princípios gerais de Direito, estes vinculavam os órgãos comunitários que, no exercício das suas competências, deveriam de respeitar e garantir o seu exercício aos cidadãos dos Estados-Membros¹⁰⁶.

Além disso, a UE regularmente refere os critérios do Conselho da Europa, tal como o trabalho de supervisão daquela nas suas negociações com os países vizinhos, muitos dos quais são membros do Conselho da Europa¹⁰⁷.

Nesse sentido, um potencial fórum para no futuro se negociarem e formularem critérios normativos de proteção de direitos humanos e de monitorizar a sua conformidade no âmbito do processo de adesão da UE à CEDH poderá ser o Conselho da Europa, não só porque é a organização central da CEDH, mas também porque os standards normativos desenvolvidos sobre a sua autoridade assegurariam um maior nível de inclusão por toda a Europa. Estes standards normativos poderiam ser, por exemplo, uma recomendação do Comité de Ministros do Conselho da Europa que, embora não fosse juridicamente vinculativo, iria refletir uma posição comum endossada por todas as Partes Contratantes, assim enviando uma forte mensagem afirmativa aos Estados e empresas tanto dentro como fora da EU¹⁰⁸.

O Tratado de Lisboa veio assim aumentar o escopo para a ação da UE em diversas áreas onde o Conselho da Europa já tem uma vasta experiência e conhecimento, levando ao aumento da cooperação em assuntos como o tráfico humano, a exploração sexual de crianças e a violência contra as mulheres. Tal abriu igualmente um caminho para a própria UE aceder à CEDH e a outros acordos do Conselho¹⁰⁹.

Apesar das relações entre estas duas organizações existirem desde a criação da Comunidade Económica Europeia (CEE) em 1957, o início dos verdadeiros esforços de cooperação deu-se em 1992, aquando da criação do primeiro programa em conjunto. Em 2005, a cooperação entre

¹⁰⁶ Ver M. LUÍSA DUARTE, *O Conselho da Europa e...*, p. 215.

¹⁰⁷ Ver *site* do CONSELHO DA EUROPA, “The Council of Europe and the European Union – The Council of Europe and the European Union: diferente roles, shared values”, disponível em <http://www.coe.int/en/web/portal/european-union> (acedido a 23 de setembro de 2017).

¹⁰⁸ Ver D. AUGENSTEIN, “*Study on the Legal Framework...*”, pp. 31 a 32.

¹⁰⁹ Ver *site* da AÇÃO EXTERNA DA UNIÃO EUROPEIA, “The Council of Europe and the EU”, disponível em https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/1837/The%20Council%20of%20Europe%20and%20the%20EU (acedido a 23 de setembro de 2017).

a UE e o Conselho atingiu um outro nível. Durante a 3.^a Cimeira do Conselho da Europa em Varsóvia, foi solicitado ao Primeiro Ministro de Luxemburgo e o antigo Presidente do Eurogrupo, Jean-Claude Juncker, que escrevesse um relatório sobre a relação entre a UE e o Conselho, denominado como “Uma Única Ambição para o Continente Europeu”, onde aquele descreveu as duas organizações como sendo “produtos da mesma ideia, do mesmo espírito e da mesma ambição” e que “eles mobilizaram a energia e o compromisso dos mesmos pais fundadores da Europa”. O relatório foi publicado em 2006 e é hoje considerado a base para a cooperação entre estas duas organizações. Ele serviu igualmente de inspiração para a redação e assinatura do Memorando de Entendimento em maio de 2007, que vem definir a cooperação entre estas duas organizações com base na complementaridade e coerência, tendo em 2017 comemorado os seus 10 anos de existência¹¹⁰. Este memorandum confirma o papel do Conselho da Europa como sendo a referencia para os direitos humanos, o Estado de Direito e a democracia na Europa, estipulando a necessidade da coerência entre as normas legais de ambas as organizações nas áreas de direitos humanos e liberdades fundamentais, encorajando o Conselho e a UE a trabalhar de forma ainda mais próxima no futuro¹¹¹.

Esta cooperação estratégica que se desenvolveu em anos mais recentes baseia-se em três pilares, nomeadamente no diálogo político, na cooperação legal e nos projetos de cooperação. O diálogo político centra-se na coordenação das posições e políticas sobre assuntos temáticos e geográficos, sendo que as consultas de alto-nível são organizadas, em particular, com o Presidente da Comissão Europeia, o Primeiro Vice-Presidente, o Alto-Representante para os Negócios Estrangeiros e Política de Segurança/Vice-Presidente da Comissão Europeia e outros Membros da Comissão, o Presidente do Conselho da UE e o Presidente e outros Membros do Parlamento Europeu. A cooperação legal, por seu turno, consiste na manutenção de contatos interinstitucionais com vista a aprofundar as sinergias entre os órgãos de supervisão e consultivos da UE e do Conselho da Europa, e entre os standards do Conselho da Europa e a legislação da UE. Tal também se aplica aos países candidatos à UE e potenciais países candidatos, tal como aos países da Política Europeia de Vizinhança da UE, sobre os quais a UE aproveita os conhecimentos do Conselho da Europa. Por último, os projetos de cooperação integram a implementação de numerosos projetos em conjunto com respeito à promoção do

¹¹⁰ Ver *site* da AÇÃO EXTERNA DA UNIÃO EUROPEIA, “The Council of Europe and the EU”, disponível em https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/1837/The%20Council%20of%20Europe%20and%20the%20EU (acedido a 23 de setembro de 2017).

¹¹¹ Ver *site* do CONSELHO DA EUROPA, “The Council of Europe’s Relations with the European Union”, disponível em <http://www.coe.int/en/web/der/european-union> (acedido a 23 de setembro de 2017).

respeito pelos direitos humanos e pelo Estado de Direito, e para endereçar assuntos relacionados com a educação, juventude e sociais. Estes programas representam a maior fonte de financiamento a sustentar a assistência técnica do Conselho da Europa e os projetos de cooperação que apoiam a estabilidade democrática. O Envelope Orçamental Cumulativo, implementado em 2015, chegou aos €127.9 milhões, contando com uma contribuição da UE de €11.4 milhões, equivalendo a 87%, e por parte do Conselho da Europa de €16.5 milhões, ou seja, 13% do Orçamento¹¹².

Desde 2012 que todos os anos a UE publica um documento em que define as prioridades anuais para a cooperação com o Conselho da Europa. As prioridades definidas para o ano de 2016/2017 foram a cooperação geográfica, a cooperação temática (direitos humanos, democracia e o Estado de Direito), e questões transversais. Durante este ano a UE focou-se num número limitado de áreas geográficas e temáticas não-exclusivas, tendo a flexibilidade sido o alicerce do aprofundamento da cooperação política, legal e técnica, de forma a responder melhor às crises emergentes¹¹³.

A parceria estratégica firma-se também na Declaração de Interesses para cooperação nas regiões do alargamento da UE, os países da Parceria do Oriental e os países ao Sul do Mediterrâneo (região correspondente à Política Europeia de Vizinhança da UE), assinado entre a Comissão Europeia o Conselho da Europa em abril de 2014.

Em adição, conforme estabelecido no Quadro Estratégico da UE sobre Direitos Humanos e Democracia, a UE irá trabalhar de perto com o Conselho da Europa nas áreas de interesse em comum¹¹⁴.

O novo Plano de Ação da UE sobre Direitos Humanos e Democracia 2015-2019 identifica várias áreas de prioridade onde o Conselho da Europa já trabalha intensivamente. O Plano de Ação apela a um aumento na cooperação com as organizações regionais, especialmente naquelas que focam em assegurar as melhores práticas de direitos humanos e democracia. A

¹¹² Ver *site* da AÇÃO EXTERNA DA UNIÃO EUROPEIA, “The Council of Europe and the EU”, disponível em https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/1837/The%20Council%20of%20Europe%20and%20the%20EU (acedido a 23 de setembro de 2017).

¹¹³ Ver *site* da AÇÃO EXTERNA DA UNIÃO EUROPEIA, “The Council of Europe and the EU”, disponível em https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/1837/The%20Council%20of%20Europe%20and%20the%20EU (acedido a 23 de setembro de 2017).

¹¹⁴ Ver *site* da AÇÃO EXTERNA DA UNIÃO EUROPEIA, “The Council of Europe and the EU”, disponível em https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/1837/The%20Council%20of%20Europe%20and%20the%20EU (acedido a 23 de setembro de 2017).

UE também irá continuar a promover a cooperação estratégica, focada e estruturada nos fóruns do Conselho da Europa¹¹⁵.

Um passo muito importante no aprofundamento do relacionamento entre a UE e o Conselho da Europa é precisamente a futura adesão daquela à CEDH. Sobre o Direito Internacional, a CEDH não vincula a UE, sendo que esta não é parte da Convenção. O facto de todos os Estados-Membros da UE serem Partes Contratantes da CEDH não significa que a UE também se encontre vinculada em relação aos poderes que os Estados-Membros tenham transferido para a UE. Nesse sentido, a adesão à CEDH implica que a Convenção vincularia a UE sobre o direito internacional e a própria UE poderia ser responsabilizada por violações de obrigações previstas na Convenção¹¹⁶.

Anteriormente, um grande obstáculo legal quanto à adesão da UE à CEDH era a necessidade de se emendar os Tratados constitutivos, que o tribunal veio a referir na sua Opinião 2/94¹¹⁷, de 1996, ao afirmar que a Comunidade Europeia não teria competência para aceder à Convenção na medida em que tal modificação do sistema de proteção de direitos humanos da Comunidade teria implicações fundamentais tanto para a Comunidade como aos seus Estados-Membros, extravasando assim o escopo do artigo 235.º do Tratado constitutivo da Comunidade Europeia¹¹⁸. Nesse sentido esforços foram feitos de forma a que a adesão se tornasse realidade, através das conferências intergovernamentais que conduziram aos Tratados de Amesterdão e de Nice, que falharam, tal como o Tratado que previa o estabelecimento de uma Constituição Europeia. Finalmente, o Tratado de Lisboa veio introduzir ao artigo 6.º, n.º 2 do Tratado de Lisboa a seguinte redação: “A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados”. Tal formulação não só fornece a base legal para a adesão como também define tal adesão como obrigatória. O Protocolo n.º 8 aos Tratados clarifica que um acordo sobre a adesão deve ser concluído e que tal deverá endereçar igualmente algumas questões complicadas¹¹⁹. O Protocolo refere que a Adesão deverá preservar as características da União e a sua ordem legal, não poderá afetar os poderes das instituições da UE, e a posição

¹¹⁵ Ver *site* da AÇÃO EXTERNA DA UNIÃO EUROPEIA, “The Council of Europe and the EU”, disponível em https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/1837/The%20Council%20of%20Europe%20and%20the%20EU (acedido a 23 de setembro de 2017).

¹¹⁶ Ver G. GAJA (Eds. Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley), “Accession to the ECHR” em *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp. 180.

¹¹⁷ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/94* [1996] ECJ I-1759, 1789.

¹¹⁸ Ver A. LAZOWSKI e R. A. WESSEL, “The European Court of Justice blocks the EU’s accession to the ECHR”, CEPS Commentary, Centre for European Policy Studies, Janeiro 2015, p. 1.

¹¹⁹ Ver G. GAJA (Eds. Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley), “Accession to...”, pp. 180 a 181.

dos Estados-Membros da UE em relação à CEDH e ao artigo 144.º do TFUE, que garante que todas as disputas entre os Estados Membros, no que respeita à interpretação sobre a aplicação dos Tratados, deverá ser resolvida pelo TJUE¹²⁰.

A adesão da UE prevista como uma obrigação no Tratado de Lisboa reflete o empenho da UE no sistema da Convenção do Conselho da Europa e, por isso, a UE pretende reforçar o seu compromisso de forma a aceder a um certo número de Convenções do Conselho, cujas matérias se relacionarão com as prioridades acima mencionadas¹²¹.

No entanto, o Tribunal de Justiça da UE (TJUE) veio declarar, num parecer de 14 de dezembro de 2014 referente ao projeto do acordo sobre a adesão da UE à CEDH, a incompatibilidade com o Direito Comunitário, centrando-se na proteção da autonomia da ordem legal da UE.

Como consequência, os negociadores terão de redigir um novo projeto do acordo que tenha em conta as conclusões do TJUE ou que contenha outras soluções, implicando que o Acordo de Adesão sofra uma enorme revisão. Para além disso, qualquer acordo necessita do consentimento de todas as Partes Contratantes da CEDH, incluindo da Turquia e da Rússia, mas, com este parecer, o TJUE foi contra a vontade dos Estados membros, posicionando-se numa rota de colisão com estes¹²².

Segundo o TJUE, a incompatibilidade com o Direito da União Europeia funda-se em vários argumentos, nomeadamente o facto de que a potencial adesão da UE à CEDH teria de comportar características relativamente diferente visto que a UE não é um Estado, repetindo a mesma ideia de que a UE é uma nova ordem legal com características específicas que advêm da própria natureza do Direito da União Europeia, ou seja, uma que é autónoma das ordens jurídicas nacionais e do Direito Internacional Público. Nesse sentido, o TJUE refere, no seu Parecer, que “a circunstancia de a União ser adotada de um novo tipo de ordenamento jurídico, com uma natureza que lhe é específica, um quadro constitucional e princípios fundadores que lhe são próprias, uma estrutura institucional particularmente elaborada bem como um conjunto completo de regras jurídicas que asseguram o seu funcionamento, tem consequências no que respeita ao processo e às condições de adesão à CEDH”¹²³ e que tal “autonomia de que goza o direito da União relativamente aos direitos dos Estados-Membros e ao direito internacional

¹²⁰ Ver A. LAZOWSKI e R. A. WESSEL, “The European Court of Justice blocks...”, p. 1.

¹²¹ Ver *site* da AÇÃO EXTERNA DA UNIÃO EUROPEIA, “The Council of Europe and the EU”, disponível em https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/1837/The%20Council%20of%20Europe%20and%20the%20EU (acedido a 23 de setembro de 2017).

¹²² Ver A. LAZOWSKI e R. A. WESSEL, “The European Court of Justice blocks...”, p. 1.

¹²³ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, ECLI:EU:C:2014:2454, parágrafo 158.

impõe que a interpretação desses direitos fundamentais seja assegurada no quadro da estrutura e dos objetivos da União”¹²⁴.

No entanto, os juízes do TJUE rapidamente vieram esclarecer que não se opunham a sujeição à jurisdição de outro tribunal, afirmando que “um acordo internacional que prevê a criação de uma jurisdição com competência para interpretar as suas disposições e cujas decisões vinculam as instituições, incluindo o Tribunal de Justiça, não é, em princípio, incompatível com o direito da União”¹²⁵. Contudo, o “acordo internacional só pode repercutir nas suas próprias competências se os requisitos essenciais de preservação da natureza destas estiverem reunidos e, conseqüentemente, a autonomia da ordem jurídica da União não for prejudicada”¹²⁶, ou seja, desde que tal não produzisse efeitos reversos na autonomia do Direito da UE.

O primeiro argumento apresentado pelo TJUE está presente no parágrafo 184 do Parecer, ao referir que quaisquer ações dos órgãos de decisão da CEDH não podem vincular a UE e as suas instituições a uma determinada interpretação do Direito da UE no exercício dos seus poderes internos¹²⁷, sublinhando que “as apreciações do Tribunal de Justiça relativas ao âmbito de aplicação material do direito da União, para efeitos, designadamente, de determinar se um Estado-Membro está obrigado a respeitar os direitos fundamentais da União, não deveriam poder ser postas em causa pelo TEDH”¹²⁸, na medida em que o artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê que nenhuma disposição da mesma deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos fundamentais reconhecidos pelo direito da União, contendendo, na visão do TJUE, com o artigo 53.º CEDH que reserva às Partes Contratantes a faculdade de prever padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais mais elevados do que os garantidos por esta Convenção. O TJUE entendeu que o acordo de adesão não previa nenhuma disposição para assegurar tal coordenação, pondo em causa a autonomia do direito da União¹²⁹.

Um segundo argumento levantado pelo Tribunal quanto ao acordo de adesão é a de que “a CEDH ao impor que a União e os Estados-Membros sejam considerados Partes Contratantes (...) também nas suas relações recíprocas, incluindo quando essas relações se regem pelo direito da União, exigiria que um Estado-Membro verificasse o respeito pelos direitos fundamentais por outro Estado-Membro, apesar de o direito da União impor a confiança mútua entre esses

¹²⁴ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, parágrafo 170.

¹²⁵ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, parágrafo 182.

¹²⁶ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, parágrafo 183.

¹²⁷ Ver A. LAZOWSKI e R. A. WESSEL, “The European Court of Justice blocks...”, pp. 1 a 2.

¹²⁸ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, parágrafo 186.

¹²⁹ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, parágrafos 187 a 190.

Estados-Membros”, não prevenindo o risco de violação do princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros, podendo comprometer o equilíbrio na qual a União se funda¹³⁰.

O terceiro argumento apresentado prende-se com a articulação entre o mecanismo instituído pelo Protocolo n.º 16, que autoriza as mais altas instâncias judiciais dos Estados-Membros a dirigirem ao TEDH pedidos de pareceres consultivos sobre questões de princípio relativas à interpretação ou aplicação dos direitos e liberdades garantidos pela CEDH ou protocolos, e o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.º TFUE, cujo acordo de adesão não prevê a sua articulação, correndo o risco de lesar igualmente as características específicas e a autonomia do direito a União¹³¹.

Posto isto, questiona-se até que extensão o princípio de autonomia pode ser enquadrado como uma aceitação voluntária de normas externas quando, efetivamente, o objetivo da adesão à CEDH é sujeitar a UE às normas externas de direitos fundamentais¹³².

Na mesma linha, o TJUE encontrou falhas no procedimento que os envolvia nos casos de violação antes deste chegar ao TEDH, nomeadamente a possível afetação do artigo 344.º TFUE, “uma vez que não exclui a possibilidade de os litígios entre os Estados-Membros ou entre estes e a União, relativos à aplicação da CEDH no âmbito de aplicação material do direito da União, serem submetidos ao TEDH”, sugerindo que o mecanismo de coordenação seja construído de forma a permitir a interpretação de legislação secundária da EU, e não apenas para os propósitos de verificar a sua validade¹³³, nem prevendo “modalidades de funcionamento do mecanismo do corresponsável e do processo de apreciação prévia pelo Tribunal de justiça que permitam preservar as características específicas da União e do seu direito”¹³⁴.

Outro argumento utilizado pelo TJUE respeita à Política Externa e de Segurança Comum (PESC), uma área sobre a qual dispõem de pouca ou nenhuma jurisdição. Ao referir na sua opinião de que certos atos adotados no contexto da PESC caem fora do âmbito da revisão judicial do TJUE, o Tribunal expressa o seu descontentamento com a ideia de que o TEDH poderia decidir, sobre a compatibilidade com a Convenção, de certos atos, ações e omissões realizados no contexto da PESC, casos esses que se encontram fora da sua jurisdição¹³⁵, argumentando que o projeto do acordo de adesão “não tem em conta as características

¹³⁰ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, parágrafo 194.

¹³¹ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, parágrafo 258.

¹³² Ver A. LAZOWSKI e R. A. WESSEL, “The European Court of Justice blocks...”, p. 3.

¹³³ Ver A. LAZOWSKI e R. A. WESSEL, “The European Court of Justice blocks...”, p. 2.

¹³⁴ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, parágrafo 258.

¹³⁵ Ver A. LAZOWSKI e R. A. WESSEL, “The European Court of Justice blocks...”, p. 2.

específicas da União relativo à fiscalização jurisdicional dos atos, ações ou omissões da União em matéria da PESC, uma vez que confia a fiscalização jurisdicional de alguns desses atos, ações ou omissões exclusivamente a um órgão externo à União”¹³⁶.

Na opinião do TJUE, estas exigências não são garantidas pelo projeto de Acordo de Adesão, pelo que Acordo relativo à adesão da UE à CEDH não seria compatível com a artigo 6.º, n.º 2 TUE, nem com o Protocolo (n.º 8) relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do TUE.

Em geral, a Opinião 2/13 reflete um sólido raciocínio jurídico que está em linha com as seis décadas de jurisprudência do TJUE. No entanto, sendo os argumentos apresentados tão fundamentais, coloca-se a questão se tais exigências podem ser na realidade cumpridas, bloqueando, a curto prazo, a adesão da UE à CEDH¹³⁷.

Através da possibilidade de resolução de certos pontos com base nas declarações interpretativas, e olhando para o artigo 218.º, n.º 1 do TFUE, na qual a opinião se baseie, são possíveis duas opções: em primeiro lugar, a UE pode requerer uma renegociação do Acordo de Adesão que, por experiência, deverá ser um processo cruciante que deverá levar algum tempo, o que dará tempo ao TJUE de continuar a desenvolver a sua linha de jurisprudência com base na Carta de Direitos Fundamentais e, a longo prazo, minimizar o impacto direto do TEDH no Direito da União Europeia. No entanto, uma nova renegociação do texto não será bem acolhida por alguns dos Estados membros ou até por vários Estados não-membros da Convenção e, ao mesmo tempo, alguns Estados Membros da UE, com particular relevância o Reino Unido, podem estar descansados. Em segundo lugar, a UE pode alterar os tratados constitutivos novamente, de forma a acomodar o texto negociado, cuja opção é muito pouco plausível¹³⁸.

A futura adesão da UE à CEDH é importante na medida em que se prevê um melhoramento na consistência da proteção de direito humanos, tal como uma maior coerência no sistema de proteção de direitos fundamentais por todo o continente europeu e um desenvolvimento harmonioso da jurisprudência do TEDH e do TJUE no que toca aos direitos humanos. A adesão resolveria igualmente as lacunas na proteção legal através da concessão aos cidadãos europeus da mesma proteção vis-à-vis atos da UE, como gozam todos os Estados Membros da UE, e

¹³⁶ Ver TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, parágrafo 258.

¹³⁷ Ver A. LAZOWSKI e R. A. WESSEL, “The European Court of Justice blocks...”, pp. 2 a 3.

¹³⁸ Ver A. LAZOWSKI e R. A. WESSEL, “The European Court of Justice blocks...”, p. 3.

possibilitaria a resolução dos problemas resultantes do fato de a UE não poder ser parte numa ação perante o TEDH, nem se encontrando vinculado a respeitar a sua decisão¹³⁹.

A adesão sujeitará as instituições da UE à monitorização externa de conformidade com os direitos fundamentais que se aplicam às instituições dos Estados membros do Conselho da Europa. Este elaborou uma série de estruturas para monitorizar o respeito pelos direitos humanos quanto aos seus Estados membros, estruturas essas que podem servir de referências para a cooperação entre o Conselho da Europa e a UE, designadamente a supervisão pelo Comité de Ministros do cumprimento dos Estados membros com as decisões do TEDH no âmbito da Convenção, que é uma parte integral da sua legislação nacional, a verificação pela Assembleia Parlamentar se os compromissos assumidos e as obrigações aceites pelos Estados membros estão a ser cumpridos, as inspeções levadas a cabo pelo Comité Europeu para a Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CPT), que opera sob o artigo 3.º da CEDH e sob a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 1987, a Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI), avaliar a implementação na prática da Convenção-Quadro para a Proteção de Minorias Nacionais, os relatórios, as conclusões e recomendações submetidas pelo Comissário dos Direitos Humanos ao Comité de Ministros e à Assembleia Parlamentar com base nas visitas de inspeção aos Estados membros e, por último, os mecanismos de monitorização introduzidos pela Convenção sobre a Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, como é o caso do Grupo de Peritos sobre a Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (GRETA). As decisões, relatórios, conclusões, recomendações e opiniões destes órgãos de monitorização são constantemente consultados pelas instituições da UE e pelos grupos de trabalho que lidam com os assuntos relativos aos Estados membros do Conselho, quer estes sejam ou não membros da UE¹⁴⁰.

Após a adesão, os pedidos individuais contra a UE serão tratados da mesma maneira que as aplicações contra qualquer Parte Contratante à CEDH, e que os pedidos individuais diretamente contra os atos da UE devem se distinguir daquelas que contestem medidas domésticas resultantes da implementação da legislação da UE. Note-se que a adesão não

¹³⁹ Ver CONSELHO DA EUROPA, “Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights – Answers to frequently asked questions”, 1 de junho de 2010, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/UE_FAQ_ENG.pdf (acedido a 26 de setembro de 2017), pp. 2 a 3.

¹⁴⁰ Ver J. JUNCKER, “Council of Europe – European Union: A sole ambition for the European Union”, Report by Jean-Claude Juncker, Prime minister of the Grand Duchy of Luxembourg, to the attention of the Heads of State or Government of the Member States of the Council of Europe, Abril, 2006, pp. 4 a 6.

modificaria o sistema de recursos judiciais existentes, sendo que a pré-condição para levar um caso perante o TEDH seria a exaustão de todos os meios disponíveis¹⁴¹.

O denominado mecanismo ‘co-respondent’ foi introduzido no Projeto de Acordo de Adesão de forma a assegurar que os procedimentos apresentados perante o TEDH pelos Estados não-membros da UE e pedidos individuais fossem corretamente endereçados aos Estados membros e/ou à UE, conforme o mais apropriado. No entanto, este mecanismo permitiria o TEDH implicitamente decidir a divisão de competências entre a UE e os seus Estados-Membros¹⁴².

Distinguir-se-ia entre duas ações, nomeadamente as ações diretas, *i.e.* quando indivíduos contestam medidas da UE diretamente (seja atos legais ou decisões individuais) e as instituições da UE sejam os demandados, o caso irá em primeiro lugar ao TJUE e, só após a decisão do TJUE é que o indivíduo poderá levar o caso perante o TEDH em razão de possíveis violações da CEDH; e as ações indiretas, ou seja, quando indivíduos contestem uma medida doméstica de implementação ou execução de legislação da UE, eles deverão dirigir-se em primeiro aos tribunais ordinários nacionais e, se for caso disso, estes tribunais podem encaminhar o caso para o TJUE para uma decisão preliminar sobre a validade ou interpretação do Direito Comunitário. Após isso, o caso regressa aos tribunais nacionais para a decisão final e só depois deste é que o indivíduo se pode dirigir ao TEDH¹⁴³. As alegadas violações da CEDH podem resultar de atos tanto da UE como de um dos Estados Membros, sendo desejável desenhar um mecanismo que permita que a UE e o Estado Membro se apresentem em conjunto enquanto co demandados perante o TEDH. Tal arranjo teria a vantagem de assegurar que a decisão final seria diretamente vinculativa contra os dois demandados¹⁴⁴. Assim sendo, a posição do TJUE seria análoga à dos tribunais portugueses no que se referisse a direitos humanos, sendo o TEDH visto como um tribunal especializado de direitos humanos que exerce controlo externo sobre as obrigações internacionais da UE, resultante da adesão. A existência de um mecanismo de controlo europeu que opere fora do sistema cujas medidas legais ele

¹⁴¹ Ver CONSELHO DA EUROPA, “Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights – Answers to frequently asked questions”, 1 de junho de 2010, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/UE_FAQ_ENG.pdf (acedido a 26 de setembro de 2017), p. 3.

¹⁴² Ver A. LAZOWSKI E R. A. WESSEL, “The European Court of Justice blocks...”, p. 2.

¹⁴³ Ver CONSELHO DA EUROPA, “Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights – Answers to frequently asked questions”, 1 de junho de 2010, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/UE_FAQ_ENG.pdf (acedido a 26 de setembro de 2017), p. 5.

¹⁴⁴ Ver CONSELHO DA EUROPA, “Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights – Answers to frequently asked questions”, 1 de junho de 2010, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/UE_FAQ_ENG.pdf (acedido a 26 de setembro de 2017), p. 5.

próprio examina dá aos cidadãos uma importante garantia externa de que os seus direitos serão efetivamente salvaguardados em adição à proteção concedida pela UE¹⁴⁵.

VI. Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) ou, Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, foi e continua a ser, o mais importante catálogo europeu de direitos. A experiência bem-sucedida de um texto que vigora há mais de 50 anos, sucessivamente renovado e ampliado através de 16 Protocolos adicionais¹⁴⁶, atualmente aplicável em 47 Estados membros do Conselho da Europa, cuja garantia foi confiada a um verdadeiro Tribunal, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), são os principais fatores que convergem no sentido de fazer da CEDH a mais consequente e exemplar realização dos objetivos cometidos ao Conselho da Europa¹⁴⁷.

A CEDH vincula todas os seus Estados membros e, após a sua adesão, a própria EU e as suas instituições diretamente¹⁴⁸. A CEDH não é aplicável diretamente entre empresas e as vítimas de abusos de direitos humanos por aquelas (“efeito horizontal direto”) mas, pelo contrário, impõe obrigações aos Estados de proteger os direitos humanos contra abusos perpetrados por empresas europeias. Assim, os Estados estão obrigados a regular e controlar aqueles, de forma a prevenir violações de direitos humanos, e de providenciar mecanismos de coerção, para

¹⁴⁵ Ver CONSELHO DA EUROPA, “Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights – Answers to frequently asked questions”, 1 de junho de 2010, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/UE_FAQ_ENG.pdf (acedido a 26 de setembro de 2017), p. 7.

¹⁴⁶ O Protocolo n.º 1 contém três artigos relativos a tipos de direito diferentes sobre os quais os signatários não conseguiam concordar em colocar na Convenção em si, nomeadamente à propriedade, à educação e às eleições. O Mónaco e a Suíça assinaram o Protocolo, mas não chegaram a ratificá-lo; O Protocolo n.º 2 confere ao TEDH a competência de conceder pareceres consultivos; O Protocolo n.º 3 retifica os artigos 29.º, 3.º e 34.º da CEDH; O Protocolo n.º 4 incide sobre a prisão, a liberdade de movimento e a expulsão; O Protocolo n.º 5 retifica os artigos 22.º e 40.º da CEDH; O Protocolo n.º 6 refere-se à restrição da pena de morte; O Protocolo n.º 7 é sobre o crime e a família; o Protocolo n.º 8 permite à Comissão estabelecer Câmaras e Comitês; o Protocolo n.º 9 permite a qualquer pessoa a submissão de um caso à apreciação do TEDH em certas circunstâncias; o Protocolo n.º 10 tem como objetivo melhorar os mecanismos de supervisão da Convenção; e o Protocolo n.º 12 refere-se à discriminação; O Protocolo n.º 13 vem instituir a total abolição da pena de morte; os restantes Protocolos (n.º 11 e 14) incidem sobre matérias procedimentais e institucionais; o Protocolo n.º 15 vem introduzir certas retificações de forma a manter a eficácia do TEDH, e o Protocolo n.º 16 permite aos tribunais superiores de uma Parte Contratante de requerer ao TEDH pareceres consultivos em questões relacionados com a interpretação ou aplicação dos direitos previstos na Convenção ou protocolos, sendo que estes dois últimos Protocolos ainda não entraram em vigor. Ver *site* do CONSELHO DA EUROPA, “Search on Treaties: Human Rights (Convention and Protocols only)”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3> (acedido a 11 de janeiro de 2018).

¹⁴⁷ Ver M. LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais – No Espaço da Internormatividade*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 116.

¹⁴⁸ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 19.

investigar, punir e remediar tais violações quando estas ocorram. Sob certas circunstâncias, estas obrigações têm uma dimensão extraterritorial¹⁴⁹.

Os direitos humanos europeus impõem várias obrigações significantes à UE e aos Estados Membros para proteger os mesmos em relação as empresas que operem fora da UE. Estas obrigações compreendem medidas procedimentais que asseguram uma tomada de decisão informada e transparente, medidas substantivas que regulam e controlam medidas empresariais relevantes para a proteção dos direitos humanos fora da UE, tal como medidas de coerção para investigar, punir e reparar as violações quando estas ocorram. Sob a CEDH, o não cumprimento e respeito destas obrigações podem significar a responsabilidade direta dos Estados-Membros por violações dos direitos humanos cometidas pelas empresas europeias¹⁵⁰.

Direitos positivos e negativos são impostos aos Estados membros para proteger os direitos humanos contra abusos das empresas, e para que as empresas que agem como agentes do Estado não violem direitos humanos, respetivamente. Embora o teste legal para a atribuição ao Estado da conduta da empresa varie por toda a Europa, duas preposições básicas podem ser referidas, nomeadamente que os Estados não se podem evadir da sua obrigação de proteger os direitos humanos através do *outsourcing* das funções públicas para o setor privado, e que as empresas controladas ou pertencentes ao Estado, ou que exerçam funções públicas podem ser diretamente sujeitas a esta obrigação do Estado de proteger os direitos humanos¹⁵¹.

Embora a aplicação extraterritorial da CEDH constitua uma exceção em vez da regra, o TEDH tem atribuído uma interpretação extensiva à obrigação dos Estados de proteger direitos humanos dentro da sua jurisdição, segundo o artigo 1.º da Convenção, que compreende igualmente situações de aplicação extraterritorial direta¹⁵².

Graças ao crescimento progressivo de jurisprudência da CEDH nesta área, enquanto um tratado regional sobre direitos humanos, ela fornece um tratamento compreensivo e sistemático das obrigações dos Estados em relação a violações de direitos humanos extraterritoriais cometidos por empresas europeias¹⁵³.

6.1 Origem e Natureza jurídica

A CEDH foi assinada em Roma, Itália, a 4 de novembro de 1950, entrando em vigor a 3 de setembro de 1953. Esta Convenção tem a sua origem remota em diversas propostas

¹⁴⁹ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 19.

¹⁵⁰ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 31

¹⁵¹ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 20

¹⁵² Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 23.

¹⁵³ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 19

apresentadas no Congresso de Haia, em 1948, tendo por finalidade ir de encontro à obrigação imposta pelo Estatuto do Conselho da Europa a todos os Estados membros de respeitar os Direitos do Homem e as liberdades fundamentais. Foram partes originárias, aderindo a 5 de maio de 1949, a Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Suécia e o Reino Unido. Aderiram posteriormente a Alemanha¹⁵⁴, Áustria, Bulgária, Checoslováquia, Chipre, Espanha, Finlândia, Grécia, Hungria, Islândia, Liechtenstein, Malta, Portugal¹⁵⁵, São Marino, Suíça e a Turquia.

Esta Convenção inspirou-se em grande parte na Declaração Universal dos Direitos do Homem, abrangendo apenas os direitos civis e políticos, e deixando os direitos sociais e culturais para a Carta Social Europeia, que veio posteriormente¹⁵⁶. Contudo, a dimensão social do ser humano não foi esquecida no âmbito de uma estratégia europeia de garantia dos direitos fundamentais, pelo que o reconhecimento dos direitos sociais e económicos resultaria de uma visão do Homem como um ser completo, logo pluridimensional: cidadão, trabalhador, proprietário, reconhecidos pelos artigos 1.º (direito de propriedade) e 2.º (direito à educação) do Protocolo n.º 1, e os artigos 4.º (proibição de escravatura e trabalho forçado) e 11.º (liberdade de reunião e associação) da CEDH¹⁵⁷. De qualquer modo, a CEDH foi para além da Declaração Universal tanto na definição e proclamação dos direitos como no sistema da sua garantia coletiva e institucionalizada, servindo hoje de modelo à estruturação de sistemas de proteção de Direitos do Homem noutros continentes¹⁵⁸.

Nos trabalhos preparatórios da CEDH as conexões com o trabalho paralelo das Nações Unidas quanto à Declaração Universal dos Direitos Humanos são múltiplas e claramente visíveis desde o início. Os redatores da CEDH tinham um grande respeito pelo trabalho das Nações Unidas que, na época em questão, terminavam a Declaração Universal de Direitos Humanos e começavam a preparar a elaboração do Pacto. Este respeito e vontade de aproveitar o trabalho desenvolvido pelas Nações Unidas no Conselho da Europa foram acompanhados pelo desejo de progredir e alcançar resultados tangíveis no processo de criar um sistema de proteção de direitos humanos efetivo. Tanto na Assembleia Consultiva, hoje conhecida como Assembleia

¹⁵⁴ A República Federal da Alemanha e o Protetorado de Saar tornaram-se membros associados em 1950 e, em 1951, a República Federal tornou-se um membro completo. O Protetorado de Saar acedeu à República Federal em 1956 e, em 1990, a República Democrática Alemanha, que nunca foi membro do Conselho da Europa, e a República Federal uniram-se, dando azo à reunificação da Alemanha.

¹⁵⁵ A adesão de Portugal ocorreu a 9 de novembro de 1978, depois de a CEDH ter sido aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro.

¹⁵⁶ Ver T. VIOLANTE (Org. Nuno Canas Mendes e Francisco Pereira Coutinho), “Conselho...”, p. 102.

¹⁵⁷ Ver M. LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direito...*, p. 120.

¹⁵⁸ Ver M. LUÍSA DUARTE, *O Conselho da Europa e a Proteção dos Direitos do Homem*, Documentação e Direito Comparado, n.º 39/40 1989, Procuradoria Geral da República, Lisboa, 1991, p. 214.

Parlamentar, e nas fases subsequentes de preparação, os documentos das Nações Unidas desempenharam um papel importante¹⁵⁹.

A CEDH garante, em grande parte, direitos civis e políticos como o direito à vida, liberdade e segurança, liberdade de qualquer tratamento desumano ou degradante, escravidão, servidão e trabalho forçado; direito de um julgamento justo; liberdade de consciência, de expressão e de reunião. A secção I da Convenção refere de forma mais detalhada alguns dos direitos civis e políticos mais básicos contidos na Declaração Universal, enquanto que os Protocolos nos. 1, 4, 6 e 7 garantem ou alteram substancialmente certos direitos e liberdades, enquanto que os restantes Protocolos alteram meras disposições processuais da Convenção. Tendo em vista o propósito da Convenção como um instrumento vinculativo, o conteúdo dos direitos e liberdades teria de ser mais específico, tal como as circunstâncias em que as limitações poderiam ser legitimamente impostas¹⁶⁰.

Sendo um tratado internacional concluído segundo as regras do Direito Internacional, a Convenção encontra-se, salvo disposição em contrário, sujeito ao Direito dos Tratados. Como o TEDH reconheceu no caso da *Ireland v United Kingdom*¹⁶¹, a Convenção cria “obrigações objetivas” para os Estados signatários, obrigações essas que beneficiam do sistema de fiscalização e de execução nela previsto e prevalecem sobre outras obrigações internacionais de fonte convencional assumidas pelos Estados, por força do disposto no artigo 55.º da Convenção.

O artigo 1.º da CEDH deixa claro que os Estados Partes “reconhecem” os direitos aí consagrados, visto que estes já existem antes de cada Estado ratificar a Convenção. Por isso, o Estado tem a obrigação de respeitar esses direitos imediatamente após a adesão à Convenção, independentemente de qualquer ato adicional de transposição da Convenção para a ordem interna. A CEDH é entendida como sendo um tratado *self-executing* ou diretamente aplicável, *i.e.* quando as suas provisões são aplicados pelos tribunais ou agências executivas enquanto provisões de direito interno, em a necessidade de medidas legislativas ou administrativas adicionais¹⁶², gozando assim de efeito direto na ordem interna, decorrendo das palavras “devem garantir”, oposto à redação anterior “comprometem-se a garantir”, revelando que os direitos, aquando da ratificação da CEDH, têm de ser respeitados pelo Estado imediatamente sem qualquer ato adicional de implementação, confirmado igualmente na jurisprudência do TEDH

¹⁵⁹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 84.

¹⁶⁰ Ver F. JACOBS e A. WHITE, *The European Convention...*, pp. 5 a 6.

¹⁶¹ *Ireland v. United Kingdom*, 5310/71, Series A no 25, p 65, [1978] ECHR 1, (1978) 2 EHRR 25.

¹⁶² Ver K. KAISER, “Treaties, Direct Applicability” em Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law, February 2013, parágrafo A, 1.

no caso *Ireland v. United Kingdom*¹⁶³.

Desde logo, a primeira e mais importante inovação legal da CEDH é a possibilidade de um indivíduo recorrer das decisões tomadas pelos tribunais nacionais a uma instância jurídica supranacional contra o próprio Estado, com base numa violação de direitos humanos, se considerar que os seus direitos humanos foram desrespeitados pelo próprio Estado ou entidade terceira¹⁶⁴. Nesses termos, a Convenção gera direitos e obrigações diretamente para os particulares, podendo, por isso, ser invocada por estes nos tribunais nacionais, sendo que, aliás, a jurisprudência de muitos Estados Partes na Convenção admitem expressamente esse efeito direto.

6.2 Órgãos

De forma a assegurar o cumprimento da Convenção, o artigo 19.º estipula a criação do TEDH. Previamente ao Protocolo n.º 11, esta previa a criação de dois órgãos, nomeadamente a Comissão Europeia dos Direitos do Homem (doravante designada por Comissão) e o TEDH. A Comissão tinha como principal função analisar as queixas apresentadas por violações da Convenção, desde que o Estado visado tenha reconhecido a competência da Comissão para o efeito (antigo artigo 25.º), enquanto que o TEDH, desde que o Estado haja reconhecido a sua jurisdição obrigatória, limitava-se a constatar e a declarar uma infração à Convenção, condenando o Estado infrator à reparação dessa infração (antigos artigos 46.º e 50.º). Apenas os Estados e a Comissão podiam aceder diretamente ao TEDH e, aos indivíduos, tal não lhes era possível, pelo que estes teriam que recorrer à Comissão que, numa primeira avaliação, decidia se o caso era suficientemente consubstanciado e, caso assim fosse, avançava com o caso para o Tribunal a favor do indivíduo. Em 1998, o Protocolo n.º 11 entrou em vigor, que vem introduzir uma importante reestruturação do mecanismo de controlo estabelecido, suprimindo assim a Comissão e permitindo que todas as alegadas violações dos direitos sejam referidas diretamente ao novo tribunal permanente pelos próprios indivíduos, detendo assim jurisdição compulsória. O Protocolo veio também eliminar as funções judiciais do Comité de Ministros e, posteriormente, o Protocolo n.º 14 veio melhorar a eficiência do TEDH, introduziu um novo mecanismo de assistência na execução de julgamentos pelo Comité de Ministros, e veio permitir a adesão da UE à CEDH. Em 2009 deu-se a abertura para assinaturas de um

¹⁶³ Ver J. FROWEIN, “European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950)” em Max Planck Encyclopedia of Public International Law, parágrafo B, 2.

¹⁶⁴ Ver V. P. NOGUEIRA, “O Conselho da Europa: Contribuições do passado, desafios da atualidade” em *Relações Internacionais*, n.º 9, Março 2006, pp. 64 a 65.

protocolo provisório, o Protocolo n.º 14bis, que tem uma função interina e pretende pôr em prática dois elementos do protocolo anterior.

6.3 Interpretação

O TEDH baseia-se em determinados princípios fundamentais de forma a interpretar a CEDH. Desde o início que ficou estabelecido que a CEDH seria interpretada objetivamente e não por referência ao que era compreendido na altura da sua ratificação¹⁶⁵.

Essencialmente, o TEDH opera um sistema de “precedente moderado”, que significa que o Tribunal procura basear-se em decisões passadas e aplicá-las quando um caso semelhante surja, mas ainda podendo, de vez em quando e se julgar apropriado, afastar-se da abordagem adotada no passado¹⁶⁶.

Adotou-se deliberadamente uma abordagem dinâmica de interpretação de forma a adaptar a CEDH à realidade social, moral e económica em mutação das Partes Contratantes do Conselho da Europa, pelo que, nesse sentido, o verdadeiro significado das provisões da Convenção só poderá ser devidamente entendido quando sejam tidos em consideração a prática do TEDH e da antiga Comissão¹⁶⁷, através da examinação dos seus casos, mas sujeita a uma interpretação “evolutiva” pelo Tribunal¹⁶⁸. Esta abordagem geral adotada pelo TEDH e a Comissão foi por diversas vezes criticada devido ao facto de a Convenção poder ser usada como veículo para reformas legislativas para o qual não foi destinada, conforme levantada na Opinião Separada do Juiz Sir Gerald Fitzmaurice no caso *Tyrer v. United Kingdom*¹⁶⁹. Contudo, um tratado que contenha direitos e proporcione um instrumento para o implementar, pela sua própria natureza, está vinculada a evoluir com as condições sociais dinâmicas como qualquer carta de direitos constitucional, sendo esta claramente o critério aceite na jurisprudência do TEDH¹⁷⁰.

Este método teleológico e flexível de interpretação da Convenção não se aplica apenas aos direitos substantivos protegidos, mas também às provisões como o artigo 25.º e 46.º, que regem o funcionamento do mecanismo de execução da Convenção. O TEDH tem enfatizado que o

¹⁶⁵ Ver J. FROWEIN, “European Convention for...”, parágrafo C, 1.

¹⁶⁶ Ver J. MURDOCH e R. ROCHE, “The European Convention on Human Rights and Policing: A Handbook for Police Officers and Other Law Enforcement Officials”, Council of Europe Publishing, dezembro 2013, p. 13.

¹⁶⁷ Ver J. POLAKIEWICZ, “The Relationship Between the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights – Some proposals for a coherent system of human rights protection in Europe” em *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, Vincent Kronenberger (Ed.), T.M.C. Asser Instituut Press – The Hague, 2001, p. 70.

¹⁶⁸ Ver J. MURDOCH e R. ROCHE, “The European Convention on...”, p. 13.

¹⁶⁹ *Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice*, Judg. 2 XII 63, disponível em <http://www.icj-cij.org/files/case-related/48/048-19631202-JUD-01-06-EN.pdf> (acedido a 7 de janeiro de 2018).

¹⁷⁰ Ver J. FROWEIN, “European Convention for...”, parágrafo C, 1.

objeto e propósito da Convenção como sendo um “instrumento vivo” de proteção de indivíduos requer que as suas provisões sejam interpretadas e aplicadas de forma a que as garantias sejam úteis e efetivas¹⁷¹.

Uma força por detrás deste dinamismo é o reconhecimento de direitos humanos enquanto valores a serem ativamente protegidos. Por exemplo, recorrendo a uma interpretação dinâmica, o TEDH inferiu obrigações positivas da CEDH no caso *X and Y v. The Netherlands*¹⁷², de forma semelhante ao que a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas fez quanto artigo 2.º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no seu Comentário Geral n.º 31, de 29 de março de 2004¹⁷³.

Entendo que a CEDH é um tratado de direitos humanos onde numerosas provisões foram redigidas com uma certa imprecisão, o TEDH tem desenvolvido numerosos princípios de interpretação da Convenção que podem ser divididos em dois grupos, dependendo da criatividade judicial que os juízes adotarem, designadamente princípios judiciais de interpretação de autocontenção, que engloba um dos seguintes princípios: intencionalismo, textualismo, margem de apreciação ou a doutrina de quarta instância, enquanto que os métodos ativos de interpretação usados pelos juízes do TEDH incluem a interpretação evolutiva (também conhecida como a doutrina do instrumento vivo), a doutrina da efetividade (ou interpretação inovadora) e a doutrina do conceito autónomo¹⁷⁴.

Por um lado, a ideia da autocontenção judicial parte do princípio que o trabalho dos juízes é aplicar o Direito e não o fazer, embora, quando a situação requeira, os juízes contribuam para a feitura do Direito ao decidirem um determinado caso. Por outro lado, a ideia dos métodos ativos judiciais parte de uma ideia completamente oposta, encorajando os juízes a desenvolverem o Direito¹⁷⁵.

A Convenção por si só não atribui orientação em como o TEDH deverá interpretar as suas provisões. No entanto, da perspetiva do Direito Internacional Público, sendo a CEDH um

¹⁷¹ Ver M. N. SHAW, *International Law*, 4th Edition, Cambridge University Press, 1997, p. 258.

¹⁷² *X and Y v. The Netherlands*, 4 ECHR 8978/80 26 MAR 1985, 8 EHRR 235.

¹⁷³ COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, “General Comment no. 31 [80], *The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*”, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, disponível em <http://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html> (acedido a 7 de janeiro de 2018). Ver M. HERDEGEN, “Interpretation in International Law”, em Max Planck Encyclopedia of Public International Law, March 2013, parágrafo 7, (b) 45.

¹⁷⁴ Ver M. MAROCHINI, “The Interpretation of the European Convention on Human Rights”, 51 Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 51, 1/2014, p. 63. Para um estudo mais aprofundado sobre os métodos de interpretação do TEDH, ver G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, e M. FITZMAURE e P. MERKOURIS (eds.), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights: Legal and Practical Implications*, Queen Mary Studies in International Law, Vol. 12, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

¹⁷⁵ Ver M. MAROCHINI, “The Interpretation of the European...”, pp. 65 a 66.

tratado internacional multilateral, a sua interpretação deverá se reger pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT). A CVDT, enquanto uma codificação do costume internacional, contém regras escritas de interpretação que se aplicam hoje em dia aos tratados internacionais¹⁷⁶. Embora durante os primeiros anos de trabalho parecesse que o TEDH tivesse pouco interesse em usar os princípios da CVDT, muito depressa se tornou claro que o Tribunal raramente recorreria a estes. No entanto, embora as decisões sejam bastante influenciadas por certas características da CEDH, a abordagem de interpretação do Tribunal baseia-se na Convenção de Viena¹⁷⁷.

No âmbito da ideia de autocontenção judicial, o intencionalismo, enquanto um princípio interpretativo, coloca ênfase nas intenções das Partes na altura em que a CEDH foi redigida. Embora esta raramente seja usada, sempre que os juízes sintam que tal é necessário ou apropriado, eles olham aos *travaux préparatoires*, mas sempre como um princípio suplementar, como afirma o artigo 32.º da CVDT, e como foi no caso *Bankovic*¹⁷⁸, em que o Tribunal expressamente invocou os *travaux préparatoires* para excluir todos os outros utensílios de interpretação¹⁷⁹.

O textualismo, por sua vez, olha para o significado da provisão que esta teria na altura em que foi redigida ou promulgada, tal como o significado ordinário dos seus termos, como refere o artigo 31.º, n.º 1 da CVDT, ao requerer que os juízes interpretem as provisões de um tratado de acordo com o significado ordinário em conjunto com a interpretação à luz do seu objeto e do seu propósito. O TEDH tem usado o conceito de significado ordinário das provisões da CEDH ao referir-se ao significado ordinário dos direitos protegidos sobre estas provisões¹⁸⁰.

A doutrina da margem de apreciação é a forma mais comum do princípio interpretativo de autocontenção. Esta representa os limites exteriores dos esquemas de proteção que são aceitáveis para a Convenção. A base legal desta doutrina encontra-se na jurisprudência francesa *Conseil d'état*, que usou o termo “margem de apreciação”, tal como em qualquer sistema legal administrativo dentro de toda a jurisdição civil. Esta doutrina tem sido desenvolvida de forma a permitir aos Estados um espaço de manobra que os órgãos de Estrasburgo estão dispostos a conceder às autoridades nacionais, na concretização das suas obrigações sobre a Convenção e visto que seria necessário marcar a divisão entre o que seria um assunto adequado de cada

¹⁷⁶ Para mais informações, ver os trabalhos sobre o Direito dos Tratados da Comissão de Direito Internacional, disponível em http://legal.un.org/ilc/guide/1_1.shtml (acedido a 4 de janeiro de 2018).

¹⁷⁷ Ver M. MAROCHINI, “The Interpretation of the European...”, p. 66.

¹⁷⁸ *Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other Contracting Parties*, Decision as to the admissibility of Application no. 52207/99 of 12 December 2001, European Court of Human Rights (Grand Chamber).

¹⁷⁹ Ver M. MAROCHINI, “The Interpretation of the European...”, p. 68.

¹⁸⁰ Ver M. MAROCHINI, “The Interpretation of the European...”, pp. 68 a 69.

comunidade para decidir a um nível local e o que seria fundamental que implicasse o mesmo requerimento para todos os países, independentemente de quaisquer variações nas tradições e culturas. Embora esta doutrina da margem de apreciação tenha sido utilizada pelo TEDH no tocante a vários assuntos como, por exemplo *Ireland v. United Kingdom*¹⁸¹ de 1979/80, ou *Open Door and Dublin Well Women v. Ireland*¹⁸² de 1993, na prática não existem critérios claros para quando a margem de apreciação atribuída aos Estados pode ser alargada ou quando pode ser limitada¹⁸³.

Por último, a doutrina da quarta instância permite ao TEDH abster-se de interferir excessivamente com as decisões tomadas por outros tribunais no sistema nacional judicial dos Estados Partes, como no caso *Garcia Ruiz v. Spain*¹⁸⁴ de 2001¹⁸⁵.

No âmbito dos princípios judiciais de interpretação ativa, a doutrina do conceito autónomo representa um princípio específico de interpretação intimamente ligado para interpretar a Convenção de acordo com o seu objeto e fim, mas também com outros princípios de interpretação ativa. Tal significa que, em certas ocasiões, o TEDH atribuirá um significado autónomo a um termo da CEDH, independente do seu significado ao nível nacional, sendo o seu objetivo cumprir o objetivo primário da Convenção, que é a proteção dos direitos individuais de serem violados pelos Estados Membros. A emergência desta doutrina iniciou-se em 1971 com a decisão *Engels v. The Netherlands*¹⁸⁶ que tem sido fortemente utilizado pelo Tribunal para interpretar um variado número de conceitos da CEDH¹⁸⁷.

Quanto à doutrina do instrumento vivo (ou da interpretação evolutiva), esta é um dos princípios mais conhecidos da jurisprudência do TEDH e exprime o princípio de que a CEDH deveria ser interpretada à luz das condições do dia-a-dia e que evolui através da interpretação do Tribunal. A interpretação evolutiva ou dinâmica proporciona ao TEDH o grau de flexibilidade necessário para assegurar a realização dos direitos garantidos pela Convenção, tendo em consideração as importantes mutações sociais e técnicas que ocorram. Esta leitura dinâmica da Convenção permite que os direitos se mantenham práticos e efetivos e impedindo que este instrumento estagne perante uma conjuntura em rápida evolução¹⁸⁸.

¹⁸¹ *Ireland v. United Kingdom*, 5310/71, Series A no 25, p 65, [1978] ECHR 1, (1978) 2 EHRR 25.

¹⁸² *Open Door and Dublin Well Women v. Ireland* (1993) 15 E.H.R.R. 244.

¹⁸³ Ver M. MAROCHINI, "The Interpretation of the European...", pp. 69 a 74.

¹⁸⁴ *Garcia Ruiz v. Spain* (2001) 31 E.H.R.R. 22.

¹⁸⁵ Ver M. MAROCHINI, "The Interpretation of the European...", pp. 74 a 75.

¹⁸⁶ *Engel and Others v. The Netherlands* (1979-80) 1 E.H.R.R. 647.

¹⁸⁷ Ver M. MAROCHINI, "The Interpretation of the European...", pp. 75 a 76.

¹⁸⁸ Da noção de interpretação evolutiva há que se distinguir a noção de Consenso Europeu. Esta consiste no acordo geral entre a maioria dos Estados membros do Conselho da Europa quanto a certas normas e princípios identificados através de estudos comparativos da legislação e prática nacional e internacional. O consenso europeu

A primeira vez que o TEDH utilizou este termo foi em 1978 com a decisão *Tyer v. United Kingdom*¹⁸⁹, tendo-lhe seguido várias outras decisões significativas, como o *Marckx v. Belgium*¹⁹⁰ em 1979/80, no *Hatton v. United Kingdom*¹⁹¹, e no *Dougoz v. Greece*¹⁹² de 2002. Contudo, no início do uso da doutrina do instrumento vivo, o TEDH não justificava o seu uso, razão pela qual hoje em dia se encontram várias inconsistências na sua jurisprudência¹⁹³.

Por fim, com a doutrina da efetividade (ou interpretação inovadora), o Tribunal atribui às provisões da Convenção o máximo peso e efeito, consistente com a linguagem usada e com o resto do texto, de maneira que a cada parte lhe seja atribuído um significado. A essência desta abordagem é a de que os Estados não estão a cumprir a Convenção apenas ao proibir uma determinada conduta que viole a CEDH, mas terão de tomar ações positivas para proteger os seus direitos. Assim, a ideia geral é a imposição de obrigações positivas às Partes Contratantes. O princípio da efetividade é usado pelo TEDH quer para decidir se uma provisão é aplicável ou quer uma provisão tenha sido claramente violada. Esta doutrina é bastante controversa na medida em que permite que o Tribunal interprete de forma ampla as provisões da Convenção, sem claros limites ou critérios da sua interpretação¹⁹⁴. A primeira decisão onde a doutrina da efetividade foi usada foi no caso *Golder v. United Kingdom*¹⁹⁵. Mas tal como qualquer outro princípio interpretativo, a doutrina da efetividade não é ilimitada, visto que a Convenção não tem como intenção a proteção de todos os direitos humanos e não podendo estender o seu escopo sem limites. Nesse sentido, o próprio TEDH por diversas ocasiões já se recusou e deliberadamente omitindo certos direitos como, por exemplo nos casos *Johnston v. Ireland*¹⁹⁶ e *Pretty v. United Kingdom*¹⁹⁷. No entanto, o problema é que, de forma a proteger os direitos dos indivíduos, mesmo aqueles implicitamente ou explicitamente garantidos sob a Convenção,

é utilizado como um mediador entre interpretação dinâmica e a margem de apreciação. Ambas são usadas simultaneamente pelo TEDH num número substancial de casos: em alguns casos, o consenso europeu tem sido abordado como um sinal de evolução, noutros a falta de consenso preveniu o Tribunal de recorrer à interpretação evolutiva. Ver K. DZEHTSIAROU, “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights” em *German Law Journal*, Vol. 12, n.º 10, 2011, p. 1731 a 1733.

¹⁸⁹ *Tyer v. United Kingdom* (1979-80) 2 E.H.R.R. 1 [31]. Este caso, que diz respeito à questão de castigo corporal ordenado por uma autoridade judicial, permitiu à Comissão e ao TEDH salientar que a “Convenção é um instrumento vivo que (...) deverá ser interpretada à luz das condições atuais”, concluindo que os castigos corporais eram forma de punição degradante no âmbito do artigo 3 da CEDH, referindo igualmente os standards comumente aceites pela política criminal dos Estados membros. Ver J. FROWEIN, “European Convention for...”, parágrafo C, 1.

¹⁹⁰ *Marckx v. Belgium* (1979-80) 2 E.H.R.R. 330.

¹⁹¹ *Hatton and Others v. United Kingdom* (GC judgement) (1989) 11 E.H.R.R. 439.

¹⁹² *Dougoz v. Greece* (2002) 34 E.H.R.R. 61.

¹⁹³ Ver M. MAROCHINI, “The Interpretation of the European...”, pp. 77 a 79.

¹⁹⁴ Ver M. MAROCHINI, “The Interpretation of the European...”, pp. 80 a 82.

¹⁹⁵ *Golder v. United Kingdom* (1979-80) 1 E.H.R.R. 524.

¹⁹⁶ *Johnston and Others v. Ireland* (1987) 9 E.H.R.R. 203.

¹⁹⁷ *Pretty v. United Kingdom* (2002) 35 E.H.R.R. 1.

o TEDH pode quase sempre estender o escopo do direito através do uso da doutrina da efetividade¹⁹⁸.

É difícil precisar quando e porque o TEDH recorre a um certo princípio interpretativo. Embora na grande parte dos casos o Tribunal refira a necessidade para uma proteção efetiva e prática dos direitos humanos de acordo com as condições da atualidade, assim usando a doutrina do instrumento vivo e a doutrina da efetividade, ocasionalmente regressa aos princípios interpretativos de autocontenção judicial. Para além disso, o TEDH frequentemente não fornece justificações para a escolha de um ou outro princípio interpretativo¹⁹⁹.

O que se pode retirar daqui é que a abordagem do TEDH é objetiva e teleológica, pois pese embora o ativismo judicial seja importante para a salvaguarda do fim e objeto da Convenção enquanto um instrumento efetivo de proteção de direitos humanos e de prevenção que os Estados contornem as garantias da Convenção, o Tribunal não está habilitado para unilateralmente transformar o significado atribuído pelas Partes Contratantes às provisões ou a adicionar a estas um significado que não encontra suporte no texto²⁰⁰.

De acordo com o artigo 31.º, n.º 3, alínea b) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT)²⁰¹, “toda a prática seguida posteriormente na aplicação do tratado pela qual se estabeleça o acordo das Partes sobre a interpretação” particular de uma provisão do tratado deve ser tido em consideração no processo de interpretação, enquanto parte das regras gerais de interpretação de tratados. Contudo, é claro que tal prática se encontra ausente relativamente à aplicação extraterritorial de tratados de direitos humanos, como é o caso da CEDH. Contudo, as práticas que não respeitem os requerimentos do artigo 31.º, n.º 3, alínea b) CVDT podem ser consideradas enquanto meios suplementares de interpretação de acordo com o artigo 32.º CVDT e pode ser usada para confirmar uma certa interpretação que decorra dos critérios do artigo 31.º ou da correta interpretação que se manifeste como sendo absurda ou desrazoável, ambígua ou obscura. De acordo com o artigo 38.º do Estatuto da TIJ, a jurisprudência nacional, enquanto parte da prática dos Estados, é uma fonte subsidiária de direito internacional. No entanto, é difícil afirmar até que ponto a prática dos Estados quanto à aplicação extraterritorial dos tratados de direitos humanos é útil no seu processo de interpretação, mesmo enquanto suplementar. A jurisprudência nacional e outros exemplos da prática dos Estados são

¹⁹⁸ Ver M. MAROCHINI, “The Interpretation of the European...”, pp. 80 a 82.

¹⁹⁹ Ver M. MAROCHINI, “The Interpretation of the European...”, p. 83.

²⁰⁰ Ver M. MAROCHINI, “The Interpretation of the European...”, pp. 83 a 84.

²⁰¹ Ver CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, 23 de maio de 1969.

relativamente escassos, inconsistentes, não se podendo afirmar claramente o apoio a uma particular interpretação da aplicação extraterritorial dos tratados de direitos humanos²⁰².

6.4 Jurisdição

Um dos princípios fundamentais de Direito Internacional é a de que os Estados têm jurisdição sobre os seus atos e omissões que ocorram nos seus territórios. Conforme explicado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, na sua 58.ª sessão em 2006²⁰³, de uma perspetiva prática como legal, os órgãos de um Estado geralmente desempenham funções legislativas, judiciais ou de execução apenas quando se encontram dentro do seu território.

Os princípios de Direito Internacional que se relacionam com a integridade territorial e a independência dos Estados previnem os órgãos de um Estado de estarem fisicamente presentes ou de desempenharem as suas funções no território de outro Estado sem o seu consentimento. Assim sendo, o princípio de jurisdição territorial é a norma. O fato de os Estados desempenharem as suas funções no seu território de um outro Estado, *i.e.*, de atuarem extraterritorialmente, é a exceção. Aliás, as tentativas de um Estado de atuar fora do seu território podem até ser contrárias ao Direito Internacional²⁰⁴.

Visto que a noção de extraterritorialidade está relacionada com a jurisdição, a jurisdição extraterritorial pode adotar várias formas e intervir numa variedade de situações, o que muitas vezes implica que os meios escolhidos sejam diferentes e o vocabulário escolhido para as descrever não seja uniforme na doutrina legal. No entanto, todas têm comum a influencia de um Estado sobre um conjunto de pessoas, atos ou propriedade fora do seu território nacional²⁰⁵. Uma distinção puramente descritiva deve ser feita entre os diferentes tipos de jurisdição, segundo a Comissão de Direito Internacional²⁰⁶, nomeadamente entre a jurisdição prescritiva, adjudicativa e executiva. Começando por este último, a jurisdição executiva refere-se à autoridade de um Estado para assegurar a conformidade com o seu direito. O Estado procura intervir no território nacional de um outro através da imposição dos seus órgãos, que não necessitam de estar fisicamente presentes ou executar, sem o consentimento deste, as suas funções no território de outro Estado²⁰⁷. No entanto, isto é geralmente contrário ao princípio

²⁰² Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 289.

²⁰³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU, *Report of the International Law Commission*, Annex E, U. N. Doc. a/61/10 (2006).

²⁰⁴ Ver N. BERNAZ, "Enhancing Corporate Accountability...", p. 495

²⁰⁵ Ver O. DE SCHUTTER, "Extraterritorial Jurisdiction as a tool...", p. 8.

²⁰⁶ Ver COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU, *Report of the International Law Commission*, Annex E, U.N. Doc. A/61/10, 2006, p. 517-518.

²⁰⁷ Ver O. DE SCHUTTER, "Extraterritorial Jurisdiction as a tool...", p. 8.

da não-intervenção (artigo 2.º, nº 7 da Carta da Nações Unidas) e aos princípios de integridade territorial e independência dos Estados (artigo 2.º, parágrafo 4 da Carta das Nações Unidas), embora existam instâncias quando Estados atuam de maneira a legalmente aplicar a sua própria lei no território de um outro Estado como, por exemplo, através da conclusão de acordos na aplicação de decisões. Neste contexto, torna-se difícil de atribuir uma definição da noção de jurisdição extraterritorial que compreenda todas as situações acima mencionadas com um elevado grau de precisão²⁰⁸.

A jurisdição adjudicativa, por seu turno, refere-se à autoridade de um Estado de adotar decisões que respeitam a certas situações que tenham ocorrido no estrangeiro. Tal ocorre quando os procedimentos criminais levem a condenações por atos cometidos no estrangeiro ou quando tribunais civis se declaram competentes para adjudicar em procedimentos relacionados com situações extraterritoriais. No que toca aos procedimentos criminais, a lei a aplicar será a lei penal doméstica, com a exceção de que em certos casos possa ser necessário, para que a lei penal se aplique a atos cometidos no estrangeiro, que a lei penal do Estado territorial defina tal ato como uma ofensa igualmente (critério da dupla criminalidade). Em contraste, quando os procedimentos civis respeitem às situações extraterritoriais, a lei aplicável será a lei do Estado do foro ou a lei do Estado territorial, dependendo das normas que regulem os conflitos de leis contidos no Direito Internacional Privado do Estado do foro²⁰⁹.

Por último, a jurisdição prescritiva refere-se à autoridade de um Estado para adotar legislação com efeitos extraterritoriais, *i.e.* que contenha normas pelos quais governa as pessoas, bens ou condutas fora do seu território, podendo, por exemplo, criar normas que constituam certos comportamentos como ofensas, onde quer que estas ocorram, e decidir onde estas podem ser julgadas, quer a alegada pessoa que tenha cometido tais ofensas se encontre no território nacional ou quer seja pedido a sua extradição. Ou, no exemplo da lei civil, podem ser estipuladas as condições para contrair matrimónio que envolva um dos seus nacionais, considerando esta válida onde quer que este seja celebrada²¹⁰. A eficácia da legislação extraterritorial dependerá sempre da possibilidade de o Estado em questão assegurar a colaboração com outros Estados, a não ser que o Estado que tenha adotado legislação extraterritorial tenha controlo efetivo sobre as pessoas e propriedade, e a sua jurisdição seja competente²¹¹.

²⁰⁸ Ver N. BERNAZ, “Enhancing Corporate Accountability...”, pp. 495 a 496.

²⁰⁹ Ver O. DE SCHUTTER, “Extraterritorial Jurisdiction as a tool...”, p. 9.

²¹⁰ Ver O. DE SCHUTTER, “Extraterritorial Jurisdiction as a tool...”, p. 9.

²¹¹ Ver O. DE SCHUTTER, “Extraterritorial Jurisdiction as a tool...”, pp. 9 a 10.

Nesse sentido, o exercício de jurisdição extraterritorial prescritiva seria a forma menos ameaçadora para a soberania dos outros Estados, na medida em que a sua eficácia dependerá do consentimento do Estado territorial para que a legislação extraterritorial de outro Estado tenha efeito sobre as pessoas, atos ou propriedade no seu território. Por isso, o receio do “caos judicial” expressado por aqueles que acreditam que o Direito Internacional, baseado na ideia de que os Estados são soberanos no seu território, seria ameaçado pela expansão da “jurisdição universal” sobre os crimes internacionais e pela autorização concedida pelos Estados para legislar sobre situações localizadas fora do seu território nacional, seria demasiado exagerado²¹².

Segundo De Schutter, enquanto o exercício de jurisdição prescritiva pode, em teoria, ser destacada do exercício de jurisdição extraterritorial adjudicativa, em prática este implica sempre o primeiro, na medida em que seria difícil de conceber um Estado que procure apenas influenciar situações fora do território nacional através da adoção de legislação extraterritorial, enquanto simultaneamente negue aos seus tribunais qualquer competência sobre tais casos, quando a lei é aplicável. Assim sendo, há uma relação íntima entre a jurisdição extraterritorial adjudicativa e prescritiva, da qual pode resultar três possibilidades para o Estado fórum: o não exercício de jurisdição territorial, o exercício de jurisdição extraterritorial adjudicativa sem a prescritiva, e um misto entre a jurisdição extraterritorial adjudicativa e prescritiva²¹³. Quanto ao primeiro, este refere-se à negação aos seus tribunais de qualquer jurisdição sobre uma disputa cujos elementos constitutivos se encontrem fora do território nacional; o segundo reporta-se à aceitação de que os seus tribunais tenham jurisdição sobre tais disputas sem, no entanto, estender a sua lei substantiva a estas situações, permitindo a aplicação de lei estrangeira conforme designado pela escolha das normas legais do fórum; e, por fim, o reconhecimento dos seus tribunais de tal poder e a aplicação da sua própria lei à disputa. Uma variante desta última trata-se de uma situação em que, pela adoção de legislação nacional, ao qual lhe é reconhecido uma aplicação extraterritorial, um Estado procura a implementação de uma norma de Direito Internacional²¹⁴.

A jurisdição, sendo um termo com vários significados, tem sido escolhido pelos redatores de direitos humanos para indicar um grupo de beneficiários desses tratados, devido à sua flexibilidade e pelo fato de não se restringir ao território. Em Direito Internacional, jurisdição é entendida como sendo um aspeto de soberania e serve principalmente para indicar a área da

²¹² Ver O. DE SCHUTTER, “Extraterritorial Jurisdiction as a tool...”, pp. 9 a 10.

²¹³ Ver O. DE SCHUTTER, “Extraterritorial jurisdiction as a tool...”, p. 10.

²¹⁴ Ver O. DE SCHUTTER, “Extraterritorial jurisdiction as a tool...”, p. 10.

competência legal do Estado para legislar e impor a legislação com respeito às pessoas físicas e legais. O termo geral de jurisdição contém princípios “base”, ou seja, os Estados podem declarar a sua jurisdição com fundamento em cinco princípios fundamentais, nomeadamente o princípio do território, da nacionalidade, da proteção, da personalidade passiva, e da jurisdição universal, e cujos papéis são delimitar a competência dos Estados. Os primeiros três princípios correspondem, de uma maneira geral, aos três elementos caracterizadores de um Estado: os Estados são, em primeiro lugar, unidades territoriais que exercem soberania sobre uma determinada superfície; são constituídos igualmente por um número de pessoas cujos membros se encontram conectados a essa unidade territorial por um vínculo especial que é a nacionalidade²¹⁵. No entanto, visto que alguns territórios e zonas marítimas se encontram fora da jurisdição de qualquer Estado, foram desenvolvidas ideias de forma a abranger situações que ocorressem nestes interstícios entre jurisdições dos Estados, levando à emergência do princípio da universalidade. Posteriormente alguns Estados aceitaram o princípio da personalidade passiva da jurisdição, sendo uma invenção mais recente considerada controversa e difícil de justificar em termos funcionais²¹⁶. Estes princípios têm-se desenvolvido e a noção de jurisdição tem hoje em dia um enfoque menos territorial do que anteriormente²¹⁷.

O que parece ser determinante quer um Estado exerça legalmente a sua competência para legislar é a existência de um fator conetor suficientemente próximo entre uma dada situação e o Estado em questão, sendo o território um tal conetor. Contudo, a função de jurisdição em Direito Internacional e as “bases” de jurisdição é fundamentalmente diferente daquele do conceito de jurisdição no contexto dos tratados de direitos humanos. Os tratados de direitos humanos não pretendem restringir o escopo a pessoas aos quais o Estado pode legalmente exercer jurisdição. Caso contrário, uma absuridade surgiria através do qual pessoas em relação a qual o Estado decida violar o direito internacional de jurisdição ficariam sem a proteção dos direitos humanos²¹⁸. Assim, quer uma pessoa afetada por uma dada conduta de um Estado parte esteja dentro da jurisdição daquele Estado parte dentro do significado dos tratados de direitos humanos é separado da questão de legalidade da conduta sobre a jurisdição de direitos internacionais. Jurisdição é igualmente uma questão separada de responsabilidade dos Estados. Embora sejam matérias diferentes, eles estão, até uma certa extensão, relacionados, na medida em que jurisdição, similarmente ao conceito de atribuição, podem ser determinados pelo nível

²¹⁵ Ver B. SIMMA e A.Th. MULLER (Eds. James Crawford e Martti Koskenniemi), “Exercise and limits of jurisdiction” em *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 137.

²¹⁶ Ver J. KLABBERS, *International...*, p. 92.

²¹⁷ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 369.

²¹⁸ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 369.

de controlo do Estado. No entanto, tal não significa que o conceito de jurisdição é supérfluo se o controlo, isto é, o mesmo fator que determina a atribuição, seja determina-la. Diferentes níveis de controlo podem ser requeridos para determinar a atribuição e a jurisdição. De fato, misturar controlo e atribuição e sujeitá-los ao mesmo nível de controlo pode ser excessivamente restringir o conceito de controlo²¹⁹.

O significado de jurisdição nos tratados de direitos humanos em geral deve ser clarificado primariamente na jurisprudência dos órgãos dos tratados de direitos humanos, sendo útil considerar os tipos de conduta a que os tratados são aplicáveis e, com base nas características comuns, estabelecer critérios para quando e até que extensão os tratados de direitos humanos são aplicáveis extraterritorialmente²²⁰.

Sendo o conceito de jurisdição (*jurisdiction*) bastante amplo e englobando diferentes noções, muitas decisões importantes, como o caso *Bankovic*, têm interpretado o significado de jurisdição como se tratando de competência legal o significado aplicável ao contexto do escopo de tratados de direitos humanos. A consequência disto é que a amplitude de beneficiários é determinada em tais casos pelas “bases de jurisdição” de direito internacional. Além disso, apesar de o Direito Internacional sobre a jurisdição ter evoluído a favor de outras bases que não a territorialidade, passando a considerar igualmente a jurisdição legislativa ou adjudicativa, aquela tem sido privilegiada na jurisprudência em detrimento das outras como a base para o estabelecimento da aplicabilidade dos tratados de direitos humanos²²¹.

O artigo 1.º da CEDH incide sobre a jurisdição, afirmando que “As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção”. Contudo, nada na Convenção fornece uma definição de jurisdição pelo que, a falta de regras claras resulta em divergências entre os autores quanto ao escopo e papel da aplicação extraterritorial da CEDH, havendo quem defenda que esta é de natureza geral, enquanto outros argumentam que a Convenção só se aplica extraterritorialmente apenas em certas e determinadas situações²²².

Apesar de que a jurisprudência tem vindo a defender uma noção de jurisdição estritamente territorial em geral, a recente jurisprudência tem falhado em proporcionar respostas claras quanto ao escopo extraterritorial de jurisdição sobre a CEDH. O TEDH reconhece quatro bases primárias de jurisdição extraterritorial, mas, conforme veremos, na realidade o Tribunal deixou

²¹⁹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 370.

²²⁰ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 370.

²²¹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, pp. 370 a 371.

²²² Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights”, *Wroclaw Review of Law, Administration and Economics*, Vol. 2:1, 2012, p. 51.

os limites destas exceções indefinidas, oferecendo *ratios* contraditórias para o exercício de jurisdição extraterritorial, levando a uma certa ambiguidade e incerteza no âmbito da Convenção²²³, que só poderá ser colmatada por recurso à interpretação evolutiva ou dinâmica. Tratando-se a CEDH de um tratado internacional multilateral, esta encontra-se igualmente sobre os princípios gerais de Direito Internacional Público aquando da interpretação das suas provisões. Nesse sentido, a jurisdição será um aspeto de soberania, referindo-se à competência judicial, legislativa e administrativa. O princípio da territorialidade está correlacionado com o princípio da soberania dos Estados, na medida em que uma das restrições impostas pelo direito internacional a um Estado é de que este não pode exercer os seus poderes no território de um outro Estado. Contudo, esta proibição geral imposta à jurisdição não é absoluta, havendo restrições sob a independência dos Estados que não podem presumidas, fornecendo ao Estados uma certa discricionariedade na aplicação da sua legislação extraterritorialmente²²⁴.

O próprio TEDH afastou-se desta interpretação estritamente territorial da jurisdição, reconhecendo e aplicando a Convenção extraterritorialmente em casos excecionais. Quanto à interpretação da jurisdição dos Estados sob a CEDH, o artigo 31.º, n.º 1 da CVDT refere que a interpretação de uma norma deve ter em consideração não só o seu sentido literal, como também o seu contexto, objeto e fim do tratado, pelo que de forma a interpretar o significado de jurisdição sob a CEDH, é útil olhar ao contexto e fim da CEDH²²⁵.

O Direito Internacional de jurisdição e os seus princípios podem ser usados como inspiração para a determinação do significado de jurisdição no contexto de direitos humanos, tal como a determinação de jurisdição com base no elo de ligação mais próximo entre a situação extraterritorial em questão e o Estado. No entanto, a aplicação inflexível destes princípios neste contexto contradiz o objeto e o propósito destes tratados e é provável que resulte numa abordagem excessivamente restrita, como por exemplo, o TEDH ao adotar uma abordagem de jurisdição essencialmente territorial. As exceções reconhecidas pelo Tribunal têm sido bastante reduzidas, embora haja alguma tendência para alargar o seu escopo em casos mais recentes²²⁶.

²²³ Ver S. MILLER, “Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, n.º 4, 2009, p. 1224.

²²⁴ Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, p. 52.

²²⁵ Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, pp. 53 a 54.

²²⁶ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 371.

6.4.1 Primeiros Casos

Segundo Gondek, no desenvolvimento da jurisprudência internacional sobre os tratados de direitos humanos em geral é possível distinguir três fases cronológicas. Na primeira fase, num período inicial os órgãos de supervisão de direitos humanos pela primeira vez tiveram de se confrontar com casos extraterritoriais e procurar uma abordagem adequada para resolvê-los. Este período expande-se até imediatamente antes dos casos *Loizidou*²²⁷ e *Bankovic* terem sido decididos pelo TEDH, em 1995 e em 2001, respetivamente. Da análise da jurisprudência já é possível comparar as noções de jurisdição em tratados de direitos humanos e responsabilidade dos Estados. São precisamente os casos *Loizidou* e *Bankovic* que marcam o segundo período de desenvolvimento do direito nesta matéria, dominada pelo conceito de territorialidade e pelo teste de controlo territorial usado para estabelecer jurisdição²²⁸. O caso *Bankovic* do TEDH e as suas reações dominaram o discurso da aplicação territorial dos tratados de direitos humanos. O terceiro período, do pós-*Bankovic*, é caracterizada pelo facto da presunção territorial ser frequentemente contestada e o surgimento dos dois testes, o de controlo sobre o território e sobre as pessoas, que existem em conjunto e são usados em paralelo pelos órgãos de direitos humanos dependendo das circunstâncias do caso²²⁹.

Na fase inicial da CEDH, eram raros os casos com elementos extraterritoriais apareciam perante a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, na altura um dos órgãos da Convenção, sendo que os primeiros casos diziam respeito a situações nos quais as pessoas se encontravam alegadamente sobre a autoridade ou controlo exercido pelo Estado parte, e tendo sido esses mesmo critérios que a Comissão utilizou para procurar uma solução à questão da jurisdição sobre o artigo 1.º da CEDH, elementos emergentes esses que se tornaram no futuro teste de autoridade e controlo sobre pessoas, desenvolvido pela Comissão²³⁰.

Um dos primeiros casos, *X v. Germany*²³¹, diz respeito a um cidadão austríaco nascido na Boémia, que subsequentemente adquiriu a nacionalidade checoslovaca e depois a nacionalidade alemã, em 1938. Em 1945 ele foi expulso da Checoslováquia, tendo ido viver para Marrocos com um passaporte de refugiado espanhol. Nessa altura, o requerente apresentou a sua queixa, argumentando que se tratava de um cidadão alemão, reconhecido como tal pela legislação alemã do pós-guerra, e que se queixava que os agentes consulares alemães em

²²⁷ *Loizidou v. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 February 1995.

²²⁸ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, pp. 122 a 123.

²²⁹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 123.

²³⁰ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 123.

²³¹ *X v. The Federal Republic of Germany*, ECommHR, Decision of 25 September of 1965, Application no. 1611/62, 8 (1965) Yearbook of the ECHR 158.

Marrocos requisitaram às autoridades nacionais para o deportarem, alegando violações de várias disposições da Convenção. Na sua decisão, a Comissão qualificou a situação como se tratando de um nacional perante agentes do Estado que desempenham certos atos no estrangeiro dentro da jurisdição do Estado, consoante o significado do artigo 1.º da Convenção. Nesse sentido, releva a particularidade de que desde muito cedo já se afigurava na jurisprudência europeia a noção de que os atos dos agentes do Estado (neste caso, diplomático e consular) podem submeter uma pessoa sobre a sua jurisdição²³².

Este assunto foi tratado mais extensivamente no caso a seguir, de *X v. UK*²³³, no qual uma mãe britânica residente no Reino Unido se queixava da inércia do consulado britânico na Jordânia de recuperar a sua filha, que o marido tinha levado consigo para a Jordânia e que não teria pretensões de regressar, falhando assim em proteger a vida e a saúde da sua filha. Numa passagem similar ao caso acima descrito, a Comissão não se referiu aos nacionais de um Estado Parte, mas sim mais genericamente às “pessoas ou propriedade”. Trata-se de uma argumentação mais geral do que o caso *X v. Germany*, na medida em que não se refere apenas aos cidadãos de um Estado parte em questão, mas a qualquer pessoa ou propriedade afetada pelas ações dos agentes do Estado no estrangeiro²³⁴.

Um caso mais complexo é o *Hess v. UK*²³⁵, que diz respeito a Rudolf Hess, um líder Nazi sentenciado a prisão perpétua pelo Tribunal Militar de Nuremberga pelos crimes contra a paz. Hess estava a servir a sua pena numa prisão militar conjuntamente administrada pelas quatro potências aliadas, os EUA, a União Soviética, o Reino Unido e a França, localizada no distrito Spandau de Berlim, então no setor britânico. Todas as decisões sobre o destino dos prisioneiros eram tomadas em conjunto pelos Aliados, e foi o veto dado pela União Soviética que impediu a libertação de Hess. Contudo, na altura apenas o Reino Unido era parte da CEDH, que previa o direito de queixa por um indivíduo²³⁶. Assim, a sua mulher dirigiu uma queixa contra o Reino Unido apenas, argumentando que pela participação na administração do seu encarceramento e na supervisão do seu único prisioneiro, o Reino Unido terá violado os artigos 3.º e 8.º da Convenção. Por uma questão de princípio, a Comissão não encontrou nenhuma razão para que a conduta extraterritorial de um Estado Parte devesse ser tratada fora do escopo da Convenção. A factualidade da atividade em questão, *i.e.*, a detenção de um prisioneiro, tinha lugar fora do território do Reino Unido não foi considerada como sendo um impedimento para o

²³² Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, pp. 123 a 124.

²³³ *X v. United Kingdom*, ECHR 15 Dec 1977, 12 DR 73, 7547/76.

²³⁴ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 124.

²³⁵ *Hess v. United Kingdom*, ECHR 28 May 1975, DC 138, 6231/73.

²³⁶ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 124.

estabelecimento de jurisdição do Estado dentro do artigo 1.º da CEDH. No entanto, a Comissão declarou que a queixa era inadmissível *ratione personae*, devido ao facto de que a administração da prisão tal como as decisões em relação ao futuro dos prisioneiros era exercida pelas quatro potências aliadas em conjunto²³⁷. A decisão da Comissão implicou então que se a jurisdição sobre o prisioneiro não tivesse sido exercida em conjunto em todos os momentos, mas apenas pelo Reino Unido, a decisão poderia ter sido diferente, pelo menos no que se referisse à jurisdição. Tal possibilidade é sugerida pela declaração da Comissão de que uma questão relativa à Convenção poderia ser levantada apenas se existisse um acordo vigente referente à prisão Spandau quando a Convenção já estava em vigor para a Reino Unido. *Hess* é o primeiro caso referente à prisão extraterritorial, tendo sido capaz que o assunto tenha sido tratado de uma forma geral por causa desse fato em específico. Visto que se trata de detenção extraterritorial, o caso é bastante relevante e tem sido usado em outros casos como, por exemplo, o *Al Skeini*²³⁸.

Com base nos casos acima descritos, pode-se ver desde cedo na operação dos órgãos da Convenção, a possibilidade de aplicar a Convenção às atividades extraterritoriais do Estado foi aceite em certas circunstâncias. Tal abordagem da Comissão contrasta com a suposição de que a Convenção apenas cobria as violações de direitos humanos dentro do território. Se tal tivesse sido a intenção dos redatores, certamente alguma referência a tal estaria presente nos textos das primeiras decisões. Pode-se dizer que estes casos começaram uma linha de jurisprudência dos órgãos da CEDH no qual, nos casos onde o Estado exerça um certo nível de controlo ou autoridade sobre uma pessoa, essa pessoa estaria sobre a jurisdição do Estado, com base da autoridade exercida ou controlada. O teste será especificado nos casos mais tarde²³⁹.

O que foi suficiente para a Comissão aplicar a Convenção foi que a pessoa estaria dentro da jurisdição do Estado decorre de certos aspetos ou com base nesses aspetos, ou seja, com respeito a um direito invocado e com respeito ao aspeto relevante da sua situação. A pessoa não teria de estar sobre o controlo completo do Estado para poder se considerar abrangida pela Convenção. Finalmente, há que admitir que nesta fase inicial as declarações da Comissão no que respeita à jurisdição eram de certa forma abrangentes, não havendo muitas justificações do raciocínio que levou a Comissão a aplicar a CEDH a estes casos, dificilmente se podendo falar de um “teste” desenvolvido de forma a estabelecer a aplicabilidade da Convenção²⁴⁰.

²³⁷ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 125.

²³⁸ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 125.

²³⁹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 126.

²⁴⁰ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 126.

6.4.2 A Jurisdição Territorial e o Caso *Bankovic*

Numa decisão de 12 de dezembro de 2001, o TEDH rejeitou unanimemente o argumento apresentado pelos cidadãos da ex-República Federal da Jugoslávia, que teriam sofrido ferimentos e perdido familiares no bombardeamento do edifício da Rádio e Televisão sérvia, durante uma campanha aérea levada a cabo pela OTAN que durou de março a junho de 1999. Apesar do significado literal do artigo 1.º da Convenção, os requerentes alegaram que os atos impugnados aos Estados demandados, quer ocorressem no território da ex-Jugoslávia ou nos seus próprios territórios, mas que produzindo efeitos naquela, cairiam sob a jurisdição desses Estados partes da OTAN²⁴¹. Esta interpretação foi rejeitada pelo Tribunal, afirmando que a jurisprudência demonstra que o reconhecimento do exercício da jurisdição extraterritorial pela Parte Contratante é excecional, ocorrendo quando o Estado demandado, através do controlo efetivo do território relevante e dos seus habitantes no estrangeiro como consequência da ocupação militar ou através do consentimento ou a convite do Governo daquele território, exerce todo ou alguns dos poderes públicos normalmente exercidos por aquele Governo. Nesse sentido, a jurisdição terá de ser vista como um exercício dos poderes normalmente disponíveis ao Governo ou de uma área geográfica em particular²⁴².

O TEDH começou por, em primeiro lugar, examinar o significado da frase “dentro da sua jurisdição” do artigo 1.º da CEDH, identificando como as normas de interpretação aplicáveis os artigos 31.º e 32.º da CVDT necessário para determinar o significado normal da frase no seu contexto e à luz do objeto e fim da CEDH, vindo o Tribunal declarar que “do ponto de vista do direito internacional público, a competência jurisdicional de um Estado é primariamente territorial. Embora o Direito Internacional não exclua o exercício por um Estado da jurisdição extraterritorial, as bases sugestivas de tal jurisdição (incluindo a nacionalidade, pavilhão, relações diplomáticas e consulares, efeitos, proteção, personalidade passiva e universalidade) são, enquanto uma regra geral, definidas e limitadas pelos direitos territoriais soberanos dos outros Estados relevantes”²⁴³ (tradução nossa) e concluindo que a noção de jurisdição do artigo 1.º da CEDH refletia a noção de jurisdição ordinária e essencialmente territorial no direito

²⁴¹ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability of Multinationals for Human Rights violations in European Law”, Center for Human Rights and Global Justice (NYE School of Law), Working Paper Number 1, 2004, p. 12.

²⁴² Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 12.

²⁴³ *Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other Contracting Parties*, Decision as to the admissibility of Application no. 52207/99 of 12 December 2001, European Court of Human Rights (Grand Chamber), parágrafo 59.

internacional público e as outras bases de jurisdição seriam excepcionais e requereriam uma justificação especial²⁴⁴.

De acordo com o Tribunal, quanto às situações excepcionais onde a Convenção se aplica fora do território dos Estados membros, estes também têm um carácter predominantemente territorial visto que incluem as instancias de controlo geral efetivo de um território²⁴⁵. Ao examinar as circunstâncias excepcionais em que atos ou efeitos extraterritoriais de um Estado podem constitui um exercício de jurisdição, o TEDH concluiu que “o seu reconhecimento do exercício de jurisdição extraterritorial por uma Parte Contratante é excepcional; só pode ser feita quando o Estado demandado, através do controlo efetivo de um território relevante e dos seus habitantes no estrangeiro enquanto consequência de ocupação militar ou através do seu consentimento, convite ou autorização do Governo daquele território, exerce toda ou algum os poderes públicos normalmente exercidos por aquele Governo”²⁴⁶ (tradução nossa)²⁴⁷.

Incidentalmente, o Tribunal refere “controlo efetivo” em vez da fórmula “controlo geral efetivo” que é mencionado nos casos referentes a Chipre. O controlo efetivo pode resultar da ocupação do território ou do consentimento do Estado do território e, nestas situações territoriais, as pessoas que habitem tais áreas estão automaticamente dentro da jurisdição do Estado Contratante. O Tribunal também mencionou outra exceção de jurisdição extraterritorial reconhecido pelo direito e costume internacional, tais como os casos que envolvem as atividades de agentes diplomáticos ou consulares de um Estado no estrangeiro ou a bordo de embarcações ou navios registrados em, ou que arvoem pavilhão daquele Estado²⁴⁸.

No caso *Bankovic*, numa aparente reação diferenciada, os Estados Partes argumentaram que a possível aplicação da Convenção aos atos extraterritoriais destes poderia afetar a sua habilidade de responder efetivamente à ameaça do terrorismo e a sua vontade de participar em atividades extraterritoriais de estabelecimento e manutenção da paz, levando o TEDH a alterar a sua abordagem para uma mais focada na territorialidade e definindo a jurisdição do Estado dentro do artigo 1.º da CEDH como sendo “essencialmente” e “primariamente” um conceito territorial, equiparando-o em grande medida com a competência jurisdicional dos Estados em Direito Internacional Público²⁴⁹.

²⁴⁴ Ver C. STEINORTH, “Bankovic Case” em Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law, December 2012, parágrafo D, 6.

²⁴⁵ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 373.

²⁴⁶ *Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other Contracting Parties*, Decision as to the admissibility of Application no. 52207/99 of 12 December 2001, European Court of Human Rights (Grand Chamber), parágrafo 71.

²⁴⁷ Ver C. STEINORTH, “Bankovic...”, parágrafo 8.

²⁴⁸ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 373.

²⁴⁹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, pp. 372 a 373.

Embora o TEDH afirme que este entendimento geográfico de jurisdição possa ser estendida a casos excepcionais reconhecidos pelo Direito Internacional costumeiro ou por tratados, e mesmo que apresente a decisão como interpretando a CEDH em conformidade com o Direito Internacional Público, a sua identificação de certas situações como imputáveis às Partes Contratantes é, de facto, mais restritiva do que o Direito Internacional Público implica, sem considerar o facto de que a CEDH é um instrumento regional de proteção de direitos humanos, integrando especificamente a ordem pública europeia²⁵⁰. As regras gerais aceites de Direito Internacional no escopo da responsabilidade dos Estados consideram como sendo um ato do Estado a conduta de qualquer órgão do Estado que atue nessa capacidade, regra que, tendo carácter costumeiro, foi reconhecida pelo TIJ, num dos seus pareceres de 1999, respeitante ao *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*²⁵¹. Embora o caso em questão se centre nas decisões dos tribunais dos Estados, o mesmo se aplica aos atos legislativos e executivos²⁵².

Em 1975, a Comissão de Direito Internacional (CDI) observou que tal conduta por um órgão é e continua a ser um ato do Estado dentro do qual este faz parte, por virtude dos artigos 5.º e seguintes do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade do Estado, que determinam que não haveria limitação territorial na atribuição do ato do órgão ao Estado²⁵³, por força de um princípio de unidade do Estado. No projeto final sobre a responsabilidade internacional dos Estados adotada a 9 de agosto de 2001, tal posição encontra-se agora prevista nos seus artigos 4.º e seguintes do Capítulo II sobre a Imputação da Conduta ao Estado²⁵⁴.

Talvez o argumento mais convincente a favor da decisão *Bankovic*, segundo De Schutter, não reside na compatibilidade desta com a CEDH e o Direito Internacional Público, mas, em vez disso, nas regras específicas da Convenção e, mais precisamente, na intenção das Partes Contratantes quando inseriram a expressão “qualquer pessoa dependente da sua jurisdição” no seu artigo 1.º, designando vis-à-vis quem seriam aqueles a quem o Estado asseguraria os direitos e liberdades presentes na CEDH²⁵⁵. Embora esta expressão substitua uma provisão

²⁵⁰ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, pp. 12 a 13 *ex vie Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other Contracting Parties*, Decision as to the admissibility of Application no. 52207/99 of 12 December 2001, European Court of Human Rights (Grand Chamber), p. 23, parágrafo 80.

²⁵¹ Ver TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, “Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights”, 1999, p. 29, parágrafo 62.

²⁵² Ver COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts with commentaries”, 2001, p. 40, parágrafo 6.

²⁵³ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, pp. 12 a 13.

²⁵⁴ Ver COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts with commentaries”, 2001, p. 40, parágrafos 1 a 6.

²⁵⁵ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 13.

inicial muito mais restritiva, de “(...) os Estados membros comprometer-se-iam a assegurar que todas as pessoas residentes dentro dos seus territórios” (tradução nossa), por uma formulação emendada com a intenção de abranger o maior número possível de categorias de pessoas que beneficiam das garantias contidas na Convenção, esta expansão nunca teve por intenção estender a proteção às pessoas que residam fora do território das Partes Contratantes, e os trabalhos preparatórios demonstram que a CEDH foi redigida para beneficiar todas as pessoas que residam, vivam ou viajam, legal ou ilegalmente, no seus territórios, não tendo como intenção inicial impor obrigações aos Estados fora desse círculo de pessoas²⁵⁶, tendo em consideração a época em que a Convenção foi negociada e concluída.

O TEDH citou nesta decisão uma passagem do discurso de um deputado belga à Assembleia Consultiva, enquanto testemunho da natureza territorial da proteção da Convenção, nomeadamente que, “doravante, o direito de proteção pelos nossos Estados, por virtude de uma cláusula formal da Convenção, pode ser exercida em plena força, e sem qualquer diferenciação ou distinção, em favor dos indivíduos de qualquer nacionalidade que, no território de qualquer dos nossos Estados, possa ter alguma razão de queixa de que os seus direitos hajam sido violados”. No entanto, esta afirmação, feito num discurso político em vez de num debate legal, foi tirado do seu contexto. Tal afirmação foi feita para realçar a diferença entre o conceito tradicional de proteção diplomática e os mecanismos de proteção sob a Convenção (principalmente o mecanismo inter estatal) e não se dirigindo à dimensão territorial da Convenção²⁵⁷.

Ao invocar os *travaux préparatoires* da CEDH enquanto argumento contra a sua aplicação extraterritorial, o TEDH sublinhou o facto de que a alteração pelo Comité de Peritos, isto é, de substituir as palavras ‘*residing within*’ por ‘*within its jurisdiction*’ tinha como propósito estender a aplicação da Convenção aqueles que, em sentido legal, não residissem no território do Estado, mas que estivessem no território dos Estados Contratantes. Note-se que os peritos não decidiram limitar a Convenção apenas “às pessoas no território”, que teria sido uma escolha óbvia, mas optaram por uma cláusula mais flexível e abrangendo todos aqueles “dentro da jurisdição”²⁵⁸. Uma possível explicação são que os desenvolvimentos paralelos do processo de elaboração da Carta das Nações Unidas, nomeadamente o facto de que os primeiros rascunhos não continham a referência ao território e que as iniciativas dos Estados Unidos de

²⁵⁶ Segundo os trabalhos preparatórios da CEDH, a jurisdição é entendida em sentido territorial. Ver *Travaux Préparatoires de l’Article 63 de la Convention européenne des Droits de l’Homme*, Court Européenne des Droits de l’Homme, Strasbourg 2 March 1978. Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 13.

²⁵⁷ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 90.

²⁵⁸ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 91.

introduzir tal referência encontrou oposição da França e da China, sendo mais provável que a França tenha tomado a mesma posição aquando da elaboração da Convenção e se tenha oposto a confinar a obrigação de respeitar os direitos humanos universais ao território do Estado em causa. Além disso, a referência à conveniência de alargar ao maior numero de categorias de pessoas para que possam beneficiar das garantias contidas na Convenção, não foi citada pelo TEDH na decisão *Bankovic*²⁵⁹.

Neste caso, o TEDH concluiu que “em qualquer evento, os extratos dos *travaux préparatoires* (...) constituem uma indicação clara do significado intencional do artigo 1.º da Convenção que não pode ser ignorado”, ou seja, que o significado seja essencialmente territorial. No entanto, é certo que tal indicação também não é clara. É certo que nas propostas iniciais a dimensão territorial da proteção prevista foi claramente manifestada, pretendendo-se até restringir a esfera de aplicação da Convenção ao território metropolitano dos Estados Partes. No entanto, nas fases subsequentes os redatores decidiram substituir a frase ‘*persons residing in their territories*’ por ‘*individuals within their jurisdiction*’, optando por um termo mais flexível ou até ambíguo. O objetivo principal era a extensão da proteção da Convenção a todas as pessoas que estivessem nos territórios das Partes Contratantes, embora não residissem aí no sentido legal da palavra²⁶⁰. Mas tal não significa que a aplicação extraterritorial da Convenção estivesse excluída em todas as circunstâncias. O assunto simplesmente não foi discutido, pelo que o facto de que nos oito volumes de documentos recolhidos pouca intenção foi dedicada a tais assuntos demonstra que os redatores não o viam como fundamental ou, no mínimo, como não tão importante como os assuntos de definição de direitos e a operação da “garantia coletiva”²⁶¹.

Note-se também que em nenhum lugar dos *travaux préparatoires* da CEDH o conceito legal de jurisdição é discutido ou explicado sequer, algo que em grande parte se devia, por um lado ao fato de outras discussões estarem a decorrer no âmbito da Assembleia Consultiva, nomeadamente sobre que direitos deveriam de ser incluídos, se tais direitos deveriam ser definidos ou meramente enumerados, e se seria necessário um tribunal, tal como as visões díspares quanto a estes assuntos entre aquela e o Comité de Ministros, e por outro lado, o interesse de quererem que a Convenção entre rapidamente em vigor²⁶².

²⁵⁹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 91.

²⁶⁰ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 91.

²⁶¹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, pp. 91 a 92.

²⁶² Ver G. L. WEIL, “The Evolution of the European Convention on Human Rights”, *The American Journal of International Law*, Vol. 57, 1963, pp. 805 a 806.

Assim, é difícil senão impossível de chegar a qualquer conclusão nesta matéria com base nos *travaux préparatoires* da Convenção²⁶³.

Assim, segundo uma interpretação literal do caso *Bankovic*, as Partes Contratantes não deveriam aplicar a CEDH às pessoas que se encontrem fora do seu território nacional, mesmo quando a fonte ou o autor da violação esteja localizada dentro do seu território, isto é, numa situação em que a violação dos direitos protegidos pela Convenção seja cometida no estrangeiro por a subsidiária de uma empresa com domicílio no Estado de uma das Partes Contratantes, ainda que esta empresa parente exercesse um controlo direto sobre as atividades da sua subsidiária e pudesse facilmente regular as suas atividades, tal não levaria à responsabilização do Estado²⁶⁴.

No entanto, após a decisão *Bankovic*, pode-se dizer que o TEDH adotou uma posição que recua do Direito Internacional Público em geral, ou seja, de uma jurisdição fundamentalmente territorial com exceções, a favor de uma professa fidelidade ao entendimento original da Convenção, constituindo uma rejeição dos seus próprios precedentes²⁶⁵, conforme veremos nos pontos a seguir.

6.4.3 Controlo Efetivo ou Exercício de Autoridade

Tem sido controverso o significado exato de “jurisdição” sob a Convenção, nomeadamente se deveria ser interpretado enquanto “autoridade” ou “poder”. Esta dicotomia é melhor entendida na escolha entre a interpretação de jurisdição como o fato de possuir autoridade legislativa, judicial e administrativa sobre o território em questão, contrapondo-se ao facto de possuir o poder de tomar medidas judiciais, legislativas e administrativas dentro do território²⁶⁶. O Tribunal estabeleceu que a jurisdição pode ser entendida como ambos, conforme previsto no caso *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*²⁶⁷, alargando o escopo interpretativo de jurisdição.

²⁶³ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, pp. 91 a 92.

²⁶⁴ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 19.

²⁶⁵ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 15.

²⁶⁶ Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, p. 54.

²⁶⁷ No parágrafo 312 desta decisão da Grande Secção, o TEDH “(...) refers to its case-law to the effect that the concept of “jurisdiction” for the purposes of Article 1 of the Convention must be considered to reflect the term’s meaning in public international law (see *Gentilhomme and Others v. France*, nos. 48205/99, 48207/99 and 48209/99, § 20, judgment of 14 May 2002; *Banković and Others v. Belgium and Others (d ec.)* [GC], no. 52207/99, §§ 59-61, ECHR 2001-XII; and *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 137, ECHR 2004-II). From the standpoint of public international law, the words “within their jurisdiction” in Article 1 of the Convention must be understood to mean that a State’s jurisdictional competence is primarily territorial (see *Banković and Others*, cited above, § 59), but also that jurisdiction is presumed to be exercised normally throughout the State’s territory. This presumption may be limited in exceptional circumstances, particularly where a State is prevented from exercising its authority in part of its territory. That may be as a result of military occupation by the armed

a) Territorial

Inicialmente, a jurisdição era compreendida enquanto “autoridade”, mas, ao ser interpretada como “poder”, esta passou a ser entendida no contexto da ideia de “controlo efetivo”. Tal poder, que corresponde à noção de controlo efetivo sobre um território, normalmente origina a jurisdição. Embora nem sempre tenha sido claro qual o papel do controlo efetivo na determinação da responsabilidade do Estado, a possibilidade de estabelecer a jurisdição através desta aumenta a possibilidade de aplicação extraterritorial da Convenção. O teste para discernir controlo efetivo sobre uma parte do território encontra-se na obrigação de tomar todas as medidas apropriadas que estejam no seu poder, de forma a assegurar os direitos da CEDH, sendo o limite do teste elevado. A visão mais restritiva do exercício de controlo efetivo ocorreu com o caso *Bankovic*, tendo o TEDH adotado a interpretação de Direito Internacional Público de “jurisdição”, excluindo a aplicação extraterritorial do caso, embora tenham sido utilizados o mesmo raciocínio e testes de controlo que no caso *Cyprus v. Turkey*²⁶⁸, embora os casos que lhe seguiram são muito mais flexíveis²⁶⁹.

O caso *Loizidou v. Turkey*²⁷⁰ representa um dos casos mais importantes referentes à aplicação extraterritorial da CEDH, tendo o Tribunal definido que apesar do artigo 1.º definir limites quanto à extensão da Convenção, o conceito de “jurisdição” sob esta provisão não está restrito ao território nacional das Partes Contratantes. Trata-se de um caso relativo à ocupação do Norte de Chipre pelas forças armadas da Turquia²⁷¹. Neste caso, ao considerar se a jurisdição da Turquia se estendia igualmente ao Norte do Chipre, ocupado desde 1974 pelos militares turcos, o Tribunal notou que a Turquia podia ser responsabilizada pelos atos das autoridades desta entidade, visto que o controlo efetivo sobre o território implicava, segundo o TEDH, que os atos cometidos por órgãos desta fossem imputados à Turquia, arguindo que não seria necessário determinar se a Turquia exercia efetivamente um detalhado controlo sobre as ações das autoridades da “República Turca do Norte do Chipre”, sendo óbvio pelo número de milhares

forces of another State which effectively controls the territory concerned (see *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), judgment of 23 March 1995, Series A no. 310, and *Cyprus v. Turkey*, §§ 76-80, cited above, and also cited in the above-mentioned *Banković and Others* decision, §§ 70-71), acts of war or rebellion, or the acts of a foreign State supporting the installation of a separatist State within the territory of the State concerned.”, Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, p. 54.

²⁶⁸ *Cyprus v. Turkey*, Merits, App no 25781/94, ECHR 2001-IV, (2002) 35 EHRR 731, [2001] ECHR 331, (2002) 35 EHRR 30, 11 BHRC 45, IHRL 3076 (ECHR 2001), 10th May 2001, European Court of Human Rights [ECtHR, Grand Chamber].

²⁶⁹ Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, pp. 55 a 56.

²⁷⁰ *Loizidou v. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 February 1995.

²⁷¹ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 15.

presentes nas atividades no Norte do Chipre de que os militares turcos exerciam controle sobre aquela parte da ilha. Tal controle, de acordo com o teste relevante e nas circunstâncias do caso, cobre a responsabilidade da Turquia pelas políticas e ações da República Turca do Norte do Chipre. Assim, aqueles afetados por tais políticas e ações encontram-se sob a jurisdição da Turquia nos termos do artigo 1.º da CEDH, havendo uma obrigação pela Turquia de assegurar os direitos e liberdades expostos na Convenção dos requerentes no norte de Chipre²⁷².

Com esta decisão a abordagem do TEDH começou a focar-se mais no controle sobre o território, inicialmente em benefício das vítimas das violações de direitos humanos extraterritoriais, em consequência de o Tribunal ter diminuído o limiar do que teria de ser provado. Em vez de provar o envolvimento atual dos agentes militares turcos nas alegadas violações, os requerentes poderiam apenas provar a mera presença dos militares turcos no território do norte de Chipre. O controle efetivo sobre um território era o suficiente para estabelecer jurisdição sobre as pessoas nesse território. O nível suficiente de controle territorial foi determinado pelo tribunal tendo em conta o número de militares estacionados no território ocupado e o fato de que a sua presença foi decisiva para a sobrevivência da “República Turca do Norte do Chipre”. A forma de exercer tal controle não era relevante para o propósito de jurisdição²⁷³.

Também no *Cyprus v. Turkey*, a ocupação efetiva do Norte de Chipre foi suficiente para estabelecer a jurisdição da Turquia. Este caso diz respeito à situação onde a Turquia levou a cabo operações militares em Julho e Agosto de 1974, e a contínua divisão do território do Chipre desde essa altura, tendo o Tribunal declarado, na linha de argumentação do caso *Loizidou*, que visto que a Turquia detinha um controle geral sobre o norte do Chipre, e dada a consequente inabilidade do governo do Chipre de exercer as obrigações da Convenção, a responsabilidade da Turquia não se pode confinar aos atos dos seus próprios soldados e oficiais no norte do Chipre, mas também deve envolver os atos da administração local que sobrevive por virtude ao exército turco e outro apoio. Assim, nos termos do artigo 1.º da Convenção, a jurisdição da Turquia tem de ser considerada como se estendendo de forma a assegurar todo o conjunto de direitos substantivos estabelecidos na CEDH e os seus Protocolos adicionais que a Turquia haja ratificado, sendo que as violações destes direitos ser-lhe-iam imputadas. Neste caso, para o estabelecimento da jurisdição sobre o artigo 1.º da CEDH, as seguintes características da situação provaram ser de grande importância: em primeiro lugar, o fato de

²⁷² Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 16.

²⁷³ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 372

que, para além ou em adição ao controlo dos indivíduos em questão, a autoridade do governo turco era exercida sobre o território ocupado; em segundo lugar, a de que o governo turco ocupava o território de um outro Estado parte, e não um Estado terceiro; e, por último, o facto de que a autoridade era exercida tanto pelos agentes turcos diretamente, ou seja, os soldados nos checkpoints, e indiretamente pelo governo da “República Turca do Norte do Chipre”, sendo esta uma característica particular da situação em si, embora não tenha afetado a aplicabilidade da Convenção²⁷⁴.

No caso *Assanidze v. Georgia*²⁷⁵, o requerente reclamou das ações levadas a cabo pela República Autónoma de Adjara, uma parte da Geórgia que goza de estatuto autónomo. As autoridades da Adjara falharam em respeitar as decisões do governo central, dando azo a uma ação junto do TEDH. O Tribunal decidiu que o governo central exercia controlo efetivo sobre todo o território da Geórgia apesar da sua inabilidade de assegurar o cumprimento com as suas decisões. Assim, concluiu que o governo da Geórgia possuía jurisdição sobre o Estado, no âmbito do artigo 1.º da Convenção²⁷⁶. Contudo, a inabilidade do governo central para exercer a totalidade do seu poder sobre uma parte do território foi insuficiente para absolver a Geórgia da responsabilidade, sendo que a falta de poder administrativo não equivalia a uma falta de jurisdição efetiva²⁷⁷.

A jurisprudência do TEDH proporciona ainda mais orientações no exercício de controlo extraterritorial que qualifica como sendo controlo efetivo, com o fim de determinar a jurisdição. No caso *von Maltzan and others, von Zitzewitz & others, and Man Ferrostaal & Alfred Töpfer Stiftung v. Germany*²⁷⁸, a ocupação militar da Alemanha pelas forças soviéticas absolveu igualmente a Alemanha dos atos cometidos pelos soviéticos, enquanto que, no caso *Ilascu*, o Tribunal considerou que a Moldávia não se encontrava a exercer autoridade sobre a parte do seu território, pelo que a responsabilidade caiu sobre as autoridades russas, visto que estas apoiavam a recém-criada “República da Transdniestria”²⁷⁹. Neste caso, a Convenção foi aplicada também quando um território não se encontra ocupado, mas, no entanto, o governo separatista recebe um amplo apoio de um Estado parte. É importante notar as duas abordagens

²⁷⁴ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 127.

²⁷⁵ *Assanidze v Georgia*, Admissibility, merits and just satisfaction, App No 71503/01, ECHR 2004-II, [2004] ECHR 140, (2004) 39 EHRR 32, (2004) 39 EHRR 653, IHRL 3183 (ECHR 2004), 8th April 2004, European Court of Human Rights [ECtHR, Grand Chamber].

²⁷⁶ Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, p. 55.

²⁷⁷ Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, p. 56.

²⁷⁸ *Von Maltzan and Others v. Germany* (application no. 71916/01), *von Zitzewitz and Others v. Germany* (no. 71917/01) and *Man Ferrostaal and Alfred Töpfer Stiftung v. Germany* (no. 10260/02) Grand Chamber of the European Court of Human Rights, 2005.

²⁷⁹ Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, p. 56.

ou testes (controlo territorial e pessoal) não são mutuamente exclusivas, sendo que a segunda foi considerada a mais apropriada nas circunstâncias da ocupação, mas a primeira foi rejeitada pelo Tribunal e pode ser aplicável em contras situações que não envolvam o controlo de território²⁸⁰.

b) Pessoal

O TEDH tem igualmente vindo a declarar admissível requerimentos dirigidos contra os Estados Contratantes da CEDH por atos dos seus órgãos cometidos não só fora do seu território nacional, como também atos cometidos fora do seu território de outra forma abrangidos pela Convenção, em situações onde estes não estavam a exercer controlo de fato ou total de uma zona geográfica em particular, como foi o caso *Issa and Others v. Turkey*²⁸¹, em que o TEDH declarou admissível o requerimento apresentado pelos pastores iraquianos que reclamavam dos atos das forças turcas no Norte do Iraque. No caso de *Öcalan v. Turkey*²⁸², líder do Partido dos Trabalhadores do Curdistão (PKK) que foi preso e sequestrado do Quênia e daí trazido para a Turquia onde lhe declaram a pena de morte a 29 de junho de 1999, posteriormente convertida em prisão perpétua em 2002, o Tribunal não excluiu que as circunstâncias da privação inicial da liberdade de Öcalan e o seu sequestro poderiam desencadear a responsabilidade internacional da Turquia²⁸³. Mais tarde, na decisão *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*²⁸⁴, em que o Tribunal condenou a Rússia e a Moldávia a tomar todas as medidas necessárias para colocar um fim à detenção arbitrária de Tudor Petrov-Popa e Alexandru Lescu, presos e sentenciados pelas autoridades moldavas, com a ajuda da Rússia, a um ano de prisão por ataques terroristas durante a guerra entre o enclave separatista Transdniestria e a Moldávia em 1991. No seu julgamento, o TEDH realçou que as palavras “dentro da sua jurisdição” no artigo 1.º têm de ser interpretadas no sentido de que a competência jurisdicional de um Estado é primariamente territorial, presumindo-se que o seu exercício seja normalmente dentro do território nacional do Estado. Contudo, o uso das palavras “primariamente” e “normalmente” indicam que esta não seja uma regra absoluta, pelo que o Tribunal não encerrou completamente a possibilidade de aplicar a CEDH extraterritorialmente. O Tribunal tem vindo a atribuir,

²⁸⁰ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 372.

²⁸¹ *Issa and Others v. Turkey*, ECHR 16 Nov 2004, 17 BHRC 473, 31821/96, [2004] ECHR 629, (2005) 41 EHRR 27.

²⁸² *Öcalan v. Turkey*, Admissibility, merits and just satisfaction, App no 46221/99, ECHR 2005-IV, [2005] ECHR 282, (2005) 41 EHRR 985, 18 BHRC 293, IHRL 3249 (ECHR 2005), 12th May 2005, European Court of Human Rights [ECtHR, Grand Chamber].

²⁸³ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 15.

²⁸⁴ *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, 48787/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, 8 July 2004.

através das suas decisões, uma orientação e enquadramento mais aprofundado para a interpretação do artigo 1.º da Convenção²⁸⁵.

A antiga Comissão sempre estipulou que, quando os agentes do Estado, não só diplomático ou consular, como também forças armadas, atuem fora do território nacional, estão sob a jurisdição daquele Estado, na medida em que este continua a exercer autoridade sobre essas pessoas e propriedade. Enquanto os atos e omissões dessas pessoas e propriedades produzirem efeitos, a responsabilidade é do Estado em questão. Tal jurisprudência foi adotada pelo Tribunal no caso *Drozdz and Janousek v. France and Spain*²⁸⁶, onde este teve de decidir se a alegada violação do artigo 6.º da CEDH (direito a um processo equitativo) pelos tribunais de Andorra²⁸⁷, era imputável à Espanha ou à França, devido ao estatuto específico de Andorra perante o Direito Internacional Público e tendo em conta que as relações de Andorra com Espanha e França não se assimilavam às relações entre dois Estados soberanos²⁸⁸.

O Tribunal, concordando que o termo “jurisdição” não se limitava ao território nacional das Partes Contratantes, decidiu que esta situação não se encontrava sob a jurisdição tanto da França como da Espanha, e que a responsabilidade poderia ser invocada se os atos das suas autoridades produzissem efeitos fora dos seus territórios, ilustrando então, nessa altura, a concordância do TEDH com a jurisprudência preexistente da Comissão, segundo a qual, os órgãos oficiais da Parte Contratante à CEDH poderiam ser responsabilizados se atuassem fora do seu território. Visto que os juízes da França e Espanha nos tribunais de Andorra atuaram não na sua capacidade enquanto juízes franceses ou espanhóis, e as autoridades francesas e espanholas não tentaram interferir com o julgamento, os requerentes não poderiam ser considerados *ratione personae* sob a jurisdição tanto da França como da Espanha²⁸⁹.

Contudo, numa opinião conjunta dissidente, cinco juízes do Tribunal citaram a opinião dissidente de J., referindo que a responsabilidade da França só poderia ser excluída se a França não tinha nenhum poder real de garantir a observância dos direitos definidos na Convenção. Sendo da competência de a França legislar e nomear juízes, esta teria então o poder de assegurar que a Convenção seria respeitada²⁹⁰. Considerando o princípio da personalidade ativa, segundo

²⁸⁵ Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, p. 54.

²⁸⁶ *Drozdz and Janousek v France and Spain*, Admissibility and merits, App No 12747/87, A/240, [1992] ECHR 52, (1992) 14 EHRR 745, IHRL 2938 (ECHR 1992), 26th June 1992, European Court of Human Rights [ECtHR].

²⁸⁷ Numa altura em que Andorra ainda não era Parte Contratante à CEDH.

²⁸⁸ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 14.

²⁸⁹ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, pp. 13 a 15.

²⁹⁰ Joint Dissenting Opinion of Judges Pettiti, Valticos and Lopes Rocha, approved by Judges Walsh and Spielmann in *Drozdz and Janousek v France and Spain*, Admissibility and merits, App No 12747/87, A/240, [1992] ECHR 52, (1992) 14 EHRR 745, IHRL 2938 (ECHR 1992), 26th June 1992, European Court of Human Rights [ECtHR].

a qual o Estado pode impor obrigações aos seus nacionais mesmo quando estes se encontrem no estrangeiro, esta posição dos juízes significa que as Partes Contratantes estariam não só obrigadas a garantir os direitos e liberdades da CEDH a todas as pessoas dentro do seu território nacional, como também a adotar legislação que recaia sobre os seus nacionais no estrangeiro a não violarem os direitos e liberdades da Convenção, por exemplo, restringindo o direito à liberdade de associação dos seus trabalhadores, ou cometendo um ato de tortura ou abusos sexuais²⁹¹.

Embora a noção territorial de jurisdição sobre a CEDH seja a regra geral, as exceções definidas no caso *Ilascu* e reiteradas em *Assanidze*, incluem os atos de autoridades públicas que atuem no estrangeiro por representantes diplomáticos e consulares do Estado²⁹²; as atividades criminais de indivíduos no estrangeiro contra os interesses do Estado ou dos seus nacionais; atos cometidos a bordo de navios de pavilhão do Estado ou numa aeronave ou nave espacial registada no Estado; e, em particular, graves crimes internacionais (jurisdição universal). Nestes casos onde tal exercício de autoridade seja estabelecido, a Convenção aplicar-se-ia extraterritorialmente²⁹³.

Outra exceção à construção territorial de jurisdição foi fornecida pelo caso *Cyprus v. Turkey*, que refere que o consentimento ou cumplicidade das autoridades de um Estado Contratante nos atos de partes privadas que violem os direitos da Convenção de outros indivíduos dentro da sua jurisdição, podem envolver a responsabilidade do Estado sob a CEDH. Isto significa que os Estados podem ser responsabilizados por violarem a Convenção ao permitirem que privados violem os direitos de outros indivíduos. Isto aplicar-se-á principalmente nos casos de reconhecimento pelo Estado em questão dos atos de autodeterminação das autoridades que não tenham sido reconhecidas pela comunidade internacional. Assim, qualquer movimento independente que tenha a sua origem no território pode causar que aquele Estado seja responsabilizado por violações dos direitos da Convenção cometidos por aquele movimento. Se a autoridade for exercida fora do território do Estado Contratante, tal irá desencadear a aplicação extraterritorial da Convenção e a responsabilidade extraterritorial daquele Estado Contratante²⁹⁴.

²⁹¹ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 19.

²⁹² No caso *X v. The Federal Republic of Germany*, a Comissão aceitou que os atos de um cônsul alemão em Marrocos fossem imputados à República Federal. Ver *X v. The Federal Republic of Germany*, ECommHR, Decision of 25 September of 1965, Application no. 1611/62, 8 (1965) Yearbook of the ECHR 158.

²⁹³ Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, p. 56.

²⁹⁴ Ver D. C. BUDZIANOWSKA, “Some Reflections...”, p. 56.

Cabe agora analisar a relação entre a posição do Tribunal e a jurisprudência que impõe às Partes Contratantes a obrigação de proteger os direitos dos indivíduos sobre a sua jurisdição, isto é, a de tomar todas as medidas de forma a prevenir que outras entidades privadas violem os direitos e liberdades do indivíduo que os órgãos do Estado não podem violar diretamente. A abordagem do “tudo ou nada” adotada pelo TEDH na decisão *Bankovic* com respeito à noção de “jurisdição” pode ter sido guiada pela ideia de que, sendo que a obrigação das Partes Contratantes vai para além da simples obrigação de respeitar os direitos e liberdades presentes na Convenção e estendendo-se a uma obrigação de proteger tais direitos e liberdades de outros particulares, seria impraticável considerar que a jurisdição de um Estado se estendia para além do seu território nacional naquelas situações em que o Estado exerça um controlo efetivo à semelhança do que exerce no seu próprio território como, por exemplo, nos casos de ocupação militar²⁹⁵.

Ao examinar a jurisprudência do TEDH, com especial referência ao caso *Loizidou v. Turkey*, é possível fazer uma analogia com os atos das entidades privadas sob a jurisdição do Estado Parte à Convenção. O termo “jurisdição” deverá significar “controlo efetivo” sendo que o Estado obrigado pela Convenção deve assegurar os direitos e liberdades de todas as pessoas sob a sua jurisdição, não só ao não violar tais direitos e liberdades diretamente através dos seus órgãos, mas também não se abstendo quando violações cometidos por entidades privadas que o Estado deveria efetivamente coagir. Contudo, esta analogia é limitada visto que, sob a Convenção, quando o Estado está obrigado a prevenir, tal não significa que a conduta dos atores privados possa ser imputada ao Estado. Na verdade, apenas através da combinação com uma falha em agir pelos órgãos do Estado (por exemplo, o legislador falhou ao não fazer certa conduta punível, o executivo falhou em julgar ou o juiz falhou ao providenciar reparação) que a responsabilidade por este poder ser afirmada²⁹⁶.

Neste respeito, a CEDH continua dentro da ortodoxia do Direito Internacional, não considerando que os atos cometidos por atores privados que o Estado poderia ter prevenido possam ser diretamente imputados ao Estado, possivelmente desencadeando a sua responsabilidade internacional. O regime geral do Direito Internacional considera que uma conduta só poderá ser atribuída ao Estado quando esta constitua a conduta de uma pessoa ou entidade que, de acordo com o seu direito interno, sejam considerados órgãos do Estado; quando a conduta seja de uma pessoa ou entidade a exercer poderes constitutivos de certos

²⁹⁵ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, pp. 15 a 16.

²⁹⁶ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 16.

elementos de uma autoridade governamental que lhes tenha sido delegado; ou quando a conduta seja atribuída a certas pessoas ou grupo de pessoas privadas que estejam, de fato, a agir sob instruções, ou sob a direção e controlo do Estado²⁹⁷. Uma coisa é considerar que os órgãos do Estado estão obrigados a prevenir certos eventos de ocorrerem sob a sua jurisdição, outra coisa é imputar diretamente ao Estado os atos cometidos pelos particulares sob a sua jurisdição e responsabilizar o Estado internacionalmente apenas porque as medidas preventivas que adotou falharam em atingir o resultado pretendido. Este último obrigaria o Estado sob o Direito Internacional, a exercer um controlo muito mais extensivo nos eventos que ocorram sob a sua jurisdição²⁹⁸.

5.3.3 Solução

Apesar da considerável divergência de abordagens sobre os tratados de direitos humanos no que toca ao significado de jurisdição, existem várias notáveis soluções, especialmente no que toca à Convenção em si.

Uma abordagem suportada por vários autores, inclusive o Juiz Loucaides na sua opinião discordante nos casos *Assanidze* e *Ilascu* (Méritos) quanto à questão de jurisdição, seria de combinar os argumentos dados pelos requerentes no caso *Bankovic*, havendo igualmente vários elementos em jurisprudência recente que argumentam a favor de adotar tal abordagem. Os requerentes em *Bankovic* defenderam uma aproximação gradual da jurisdição, argumentando que a obrigação dentro do artigo 1.º da CEDH para assegurar os direitos da Convenção a uma dada pessoa aplica-se proporcionalmente ao controlo de fato exercido sobre essa pessoa. Se o controlo for tão extensivo como no caso de uma ocupação territorial, então todos os direitos e obrigações aplicam-se. Se o controlo for mais limitado então a pessoa encontra-se sobre a jurisdição em relação a um direito em particular e apenas a algumas obrigações. Por outras palavras, os Estados partes estariam obrigados a assegurar que esses direitos que estão sobre o seu controlo na situação em questão. Entre os fatores a ter em conta em determinar o nível de controlo e o correspondente nível de obrigações existe a possibilidade de influenciar a situação da pessoa em causa e do Estado parte poder prevenir a violação de ocorrer²⁹⁹.

²⁹⁷ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 17.

²⁹⁸ Conforme referido nos comentários da Comissão de Direito Internacional ao Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional, embora uma noção geral de imputabilidade do Estado pudesse ter sido prevista, tal abordagem é rejeitada pelo Direito Internacional, tendo em conta a limitação da responsabilidade às condutas que envolvem o Estado enquanto organização e o reconhecimento da autonomia das pessoas que atuam por sua conta e não através da instigação de uma autoridade pública. Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 17.

²⁹⁹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 376.

Nesse sentido, “jurisdição” significaria simplesmente atual autoridade, nomeadamente a possibilidade de impor a vontade do Estado em qualquer pessoa, quer seja exercido dentro do território da Parte Contratante ou fora desse território. Todos aqueles diretamente afetados pelo exercício da autoridade de um Estado em qualquer lugar está assim dentro da jurisdição desse Estado. A forma normal desta autoridade é a autoridade governamental dentro do próprio território desse Estado, mas pode-se estender às pessoas no estrangeiro, na forma de controlo geral sobre outro território, mesmo que esse controlo seja ilegal, notável em territórios ocupados. Pode também ser estendida à autoridade na forma de exercício de domínio ou influencia efetiva através do apoio político, financeiro, militar ou qualquer outro apoio substancial de um governo de outro Estado. De acordo com o Juiz, o teste decorreria sempre que alguém argumentasse estar dentro da “jurisdição” de uma Parte Contratante da Convenção, através da demonstração de que o ato em particular resultou do exercício da autoridade do Estado em questão³⁰⁰. O Estado encontra-se na posição de exercer autoridade quando detém controlo sobre um território ou pessoa em particular. Assim, o conceito de jurisdição, controlo e autoridade encontram-se intimamente relacionados. Uma pessoa encontra-se dentro da jurisdição de um Estado parte quer ele esteja dentro de um território controlado pelo Estado ou esteja de outra forma sob o controlo do Estado. As definições destes termos tornam claro que todos eles significam em larga medida o mesmo e envolvem poder sobre pessoas ou coisas: “autoridade” é o poder ou direito para dar ordens, tomar decisões e impor a obediência e “controlo” é o poder para influenciar e dirigir o comportamento das pessoas ou o decurso dos eventos³⁰¹.

Existem vários argumentos a favor de uma aproximação que equivale jurisdição ao exercício da autoridade e controlo, defendendo igualmente a abordagem proporcional de jurisdição. Em primeiro lugar, os defensores da abordagem “territorial” dominante começam por equiparar a jurisdição à competência legal do Estado, algo que é incompatível com a fundamentalmente diferente função desse conceito no contexto dos tratados de direitos humanos. Em segundo, controlo e autoridade enquanto as bases da jurisdição foram expressamente reconhecidas na jurisprudência dos órgãos de direitos humanos³⁰².

As primeiras decisões da Comissão confirmavam que a pessoa poderia estar “parcialmente” sobre a jurisdição do Estado parte e como consequência apenas as partes relevantes de um tratado de direitos humanos seriam aplicáveis. A Comissão também se referia de vez em

³⁰⁰ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 375.

³⁰¹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, pp. 375 a 376.

³⁰² Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 376.

quando às pessoas que se mantinham dentro da jurisdição do Estado parte “em certos aspetos” ou “naquele respeito”, ou seja, com respeito a um direito invocado e com respeito a aspetos relevantes à sua situação. A observação da Comissão no caso *Cyprus v. Turkey* de que os nacionais de um Estado, incluindo os navios registados e aeronaves, estão parcialmente dentro da sua jurisdição onde quer que estejam, também fornece algum apoio ao carácter relacional ou jurisdicional³⁰³.

No entanto, posto isto, é ainda defensável uma solução faseada, isto é, enquanto as Partes Contratantes estivessem sobre uma obrigação de proteger os direitos e liberdades da Convenção de todas as pessoas que estivessem no seu território, estes também estariam obrigados a respeitar estes mesmos direitos e liberdades quando estivessem a agir, através dos seus órgãos, no estrangeiro. Tal significaria que, quer atuassem dentro do seu território nacional ou no estrangeiro, os órgãos dos Estados continuam sob a obrigação de respeitar a Convenção, enquanto que a obrigação de adotar medidas positivas de forma a prevenir certas violações de ocorrerem por atores privados só podem ser impostas em situações em que estes o Estado exerça controlo efetivo ou de escopo equivalente. Assim, a noção de “controlo efetivo” é útil aquando da decisão da extensão da obrigação do Estado a tomar medidas para proteger os indivíduos de atos cometidos por atores privados, sendo que este critério não é necessário quando o Estado apenas está obrigado a não violar os direitos e liberdades da Convenção através dos seus órgãos³⁰⁴.

A principal vantagem deste regime de extraterritorialidade da CEDH, baseado nesta solução que distingue a obrigação de “respeitar” (uma obrigação de não interferir com os direitos e liberdades protegidos pela Convenção, que seria imposta aos órgãos das Partes Contratantes onde quer que estes atuem) e a obrigação de “proteger” (uma obrigação de tomar medidas para efetivamente prevenir violações da Convenção pela conduta dos atores privados, estendendo-se apenas às situações em que o Estado exerça controlo efetivo, *i.e.*, zonas geográficas em que o Estado exerça autoridade), justificaria uma aplicação limitada da extraterritorialidade da Convenção, enquanto evitava impor às Partes Contratantes certas obrigações que estas não conseguiriam respeitar³⁰⁵.

O caso *Al-Adsani v. United Kingdom*³⁰⁶ serve de ilustração quanto à pertinência desta distinção, precisamente com o fim de propor uma aproximação realista à extraterritorialidade da CEDH.

³⁰³ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 376.

³⁰⁴ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, p. 19.

³⁰⁵ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, pp. 19 a 20.

³⁰⁶ *Al-Adsani v. The United Kingdom* (Application no. 35763/97) JUDGMENT STRASBOURG 21 November 2001.

Neste caso, o requerente, um cidadão com dupla nacionalidade inglesa e kuwaitiana, alegou que tinha sido torturado por um Sheik influente associado ao Emir, e por oficiais do Kuwait. No seu requerimento, Al-Adsani alegou a violação do artigo 3.º da Convenção, argumentando que o Reino Unido falhou em assegurar o seu direito a não ser torturado. O Tribunal rejeitou este entendimento, referindo que os atos de tortura ocorreram fora da jurisdição do Reino Unido e as autoridades britânicas não teriam qualquer conexão casual com esta ocorrência. Nestas circunstâncias, não se poderia considerar que as Partes Contratantes estavam sobre uma obrigação de proporcionar medidas civis de reparação ao requerente com respeito à tortura alegadamente cometida pelas autoridades kuwaitianas³⁰⁷.

No entanto, há que se admitir que esta abordagem tem a desvantagem de ser, de certa forma, fluída, podendo haver dificuldades em determinar até que ponto o nível de controlo exercido pelo Estado sobre uma pessoa ou território é suficiente para submete-los à jurisdição do Estado parte, desencadeando um nível correspondente de obrigações de respeitar, proteger e cumprir com os direitos humanos³⁰⁸.

Espera-se que o desenvolvimento de jurisprudência clarifique os critérios relevantes, de forma a endereçar o assunto mais sistematicamente e de uma forma mais regular, numa interpretação evolutiva. Simplificar e clarificar a jurisprudência dos órgãos de tratados de direitos humanos, em particular a do TEDH no que toca, por exemplo, à relação entre os testes territoriais e de controlo pessoal, e elaborar mais aprofundadamente o critério para as obrigações extraterritoriais sobre os tratados de direitos humanos, são altamente desejáveis. Em qualquer caso, adotar uma abordagem estritamente territorial para evitar tais dificuldades poria um ónus de certeza legal muito grande nas vítimas de violações extraterritoriais de direitos humanos³⁰⁹. Embora *Bankovic* seja o ponto principal de referência na jurisprudência mais tarde, o Tribunal veio em alguma extensão ajustar a sua abordagem, como se viu. Alguns destes ajustamentos têm sido substanciais como, por exemplo, no âmbito das exceções à jurisdição territorial e o significado de “espaço legal” da Convenção. Os casos subsequentes geralmente adotam o conceito de jurisdição como primariamente territorial de *Bankovic*, referindo-se a passagens deste, considerando a aplicação extraterritorial de jurisdição uma exceção a ser provada pelo requerente³¹⁰.

³⁰⁷ Ver O. DE SCHUTTER, “The Accountability...”, pp. 19 a 20.

³⁰⁸ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 377.

³⁰⁹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 377.

³¹⁰ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 373.

Quanto ao conceito de jurisdição, a jurisprudência do TEDH após *Bankovic* por vezes demonstra inconsistências de uma falta de clareza teórica, especialmente no que toca à relação de jurisdição com outros conceitos, como responsabilidade dos Estados ou obrigações positivas, deixando o TEDH de ser unânime na sua compreensão de tal conceito. Exemplo disso é a opinião separada do Juíz Loucaides ao caso *Assanidze e Ilascu*, que estabelece um conceito de jurisdição equivalente ao exercício atual da autoridade do Estado³¹¹.

Por outro lado, o novo conceito de *espace juridique* mencionado no caso *Bankovic* causou controvérsia na medida em que um tratado regional de direitos humanos apenas poderia ser aplicado na sua região, *i.e.*, no território dos Estados partes. A jurisprudência após *Bankovic* sugere que o conceito de espaço jurídico tem pouco significado no contexto da aplicação extraterritorial da Convenção. Outros sistemas de direitos humanos não empregam este conceito que, no caso de uma convenção universal como o Pacto Internacional sobre os Direitos Políticos e Cíveis, seria ainda mais controverso. Esta doutrina do espaço jurídico do tratado também não preveniu os tribunais do Reino Unido de julgarem violações de direitos humanos em lugares como o Iraque, embora a Câmara dos Lordes tenha em grande parte subscrito a tal doutrina³¹².

O duplo aspeto do artigo 1.º da CEDH justifica a obrigação de assegurar que os direitos sejam garantidos a todos dentro da sua jurisdição ao requerer, por um lado, que os Estados implementem a Convenção e, por outro, que não infringam as suas disposições. Tal não significa que os Estados não sejam responsáveis pelas violações cometidas por estes fora do seu território, pois tal interpretação seria manifestamente desrazoável e não se coadunaria com a interpretação da função do próprio artigo. Nesse sentido, e com base numa interpretação evolutiva, é defensável que um Estado deva ser responsável pelas suas próprias violações da Convenção onde quer que estas sejam cometidas, tal como em assegurar os direitos humanos dentro da sua jurisdição, no sentido da sua implementação através da necessária legislação³¹³. Posto isto, é necessário agora analisar que tipo de obrigações seriam impostas aos Estados membros da CEDH em geral e, com especial enfoque, no que toca à sua aplicação extraterritorial.

³¹¹ Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 373.

³¹² Ver M. GONDEK, *The Reach of...*, p. 374.

³¹³ Ver F. JACOBS e A. WHITE, *The European Convention...*, p. 17.

VI. Obrigações dos Estados membros da CEDH

Embora o objetivo de todos os instrumentos internacionais para a proteção de direitos humanos seja primariamente a definição de direitos, tal proteção depende das obrigações dos Estados membros. Nesse sentido, não é surpreendente que os órgãos internacionais de controlo tenham atenção na sua identificação, delimitação e escopo, tendo em conta os princípios em questão, como o princípio da eficácia. Este princípio requer que as obrigações sejam interpretadas no sentido de oferecer a melhor proteção à pessoa e, quanto às obrigações em questão, também se requer que as convenções relevantes sejam interpretadas à luz dos desenvolvimentos sociais, o que justifica o caráter progressivo da jurisprudência neste âmbito³¹⁴.

Os mecanismos de controlo aplicam uma variedade de meios para definir a extensão e o escopo das obrigações dos Estados, sendo um dos mais interessantes a que considera que todos os direitos pressupõem três tipos de obrigações, designadamente uma obrigação de respeitar (os órgãos e agentes do Estado não podem cometer violações), uma obrigação de proteger (o Estado tem de proteger os indivíduos contra interferências nos seus direitos cometidos por terceiros e punir quem o faça) e, por último, uma obrigação de implementar (apela a medidas específicas positivas que atribuam ao direito uma total realização e efeito)³¹⁵.

Sobre os direitos humanos europeus, existem duas diferentes constelações nas quais os Estados estão obrigados a proteger os direitos humanos contra violações cometidos por empresas enquanto atores não-estatais: obrigações positivas dos Estados em proteger os direitos humanos contra esses abusos, e obrigações negativas das empresas ao agirem enquanto agentes estatais a não violarem direitos humanos³¹⁶. Embora diferente, esta abordagem é de certa forma semelhante à abordagem anterior. Com base nisto, o TEDH hoje em dia assegura uma maior proteção dos direitos na CEDH, da qual é o seu guardião máximo³¹⁷.

Tal como outros tratados de direitos humanos, a CEDH não estabelece obrigações legais diretas para as empresas, sendo que apenas os Estados membros podem ser responsabilizados perante o TEDH por violações de direitos humanos por atos ou omissões dos seus órgãos e não os atores privados. Embora nas últimas décadas a CEDH tem sido interpretada e aplicada em casos pelo Tribunal como contendo um certo número de proteções relevantes para as empresas e direitos humanos, a verdade é que, noutros aspetos, a jurisprudência do TEDH tem imposto

³¹⁴ Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights – A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights”, Human Rights Handbook no. 7, Directorate General of Human Rights, Council of Europe, 2007, p. 5.

³¹⁵ Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations...”, p. 5.

³¹⁶ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 19.

³¹⁷ Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations...”, p. 5.

limites nos recursos potencialmente disponíveis às vítimas, particularmente com respeito aos abusos relacionados com as empresas que ocorram foram da Europa³¹⁸.

6.1 Obrigações Negativas

Conforme notado no artigo 1.º da CEDH, os Estados devem comprometer-se a assegurar os direitos e as liberdades plasmados na Convenção e nos seus protocolos de todos dentro da sua jurisdição. Em consequência, o Estado normalmente encontra-se sobre uma obrigação negativa de não interferir com os direitos protegidos, obrigação esta que se reflete na linguagem adotada no texto da CEDH como, por exemplo, ao referir no seu artigo 2.º, n.º 1 de que “Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida (...)”, no seu artigo 3.º “Ninguém pode ser submetido a torturas (...)” ou no artigo 10.º, n.º 1 “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão (...) sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas”.

As obrigações negativas, que essencialmente requerem que os Estados não interfiram com o exercício dos direitos, têm sido sempre consideradas como inerentes à CEDH, sendo que o mesmo não se pode dizer das obrigações positivas³¹⁹. O que distingue as obrigações negativas das suas contrapartes é que, no caso das obrigações negativa, há uma violação se o Estado prevenir ou limitar o exercício de algum direito através de uma ação positiva³²⁰.

6.2 Obrigações Positivas

Contudo, assegurar os direitos da Convenção não se restringe apenas ao requerimento de os Estados e os seus oficiais de se absterem de interferir com os direitos protegidos, mas também engloba obrigações de atuação de forma a proteger os direitos dos indivíduos, que se refletem igualmente no texto da Convenção, por exemplo, no seu artigo 2.º, n.º 1 “O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei”³²¹.

É possível encontrar uma sistematização da jurisprudência relevante nas decisões do Tribunal, tal como a decisão *Siliadin v. France*³²². No entanto, tais decisões não proporcionam uma definição geral do conceito de obrigações positivas.

A nível internacional, o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas considerou que as “obrigações positivas dos Estados Partes de assegurar os direitos do Pacto apenas serão plenamente cumpridos se os indivíduos forem protegidos pelo Estado não apenas contra as

³¹⁸ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, p. 26.

³¹⁹ Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations...”, p. 5.

³²⁰ Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations...”, p. 11.

³²¹ Ver J. MURDOCH e R. ROCHE, “The European Convention...”, pp. 9 a 10.

³²² *Siliadin v. France*, Judgement of 26 June 2005.

violações dos direitos do Pacto pelos seus agentes, mas também contra atos cometidos por pessoas ou entidades privadas que restrinjam o gozo dos direitos do Pacto enquanto estes sejam passíveis de aplicação entre pessoas e entidades privadas”³²³ (tradução nossa).

Segundo o TEDH, a principal característica das obrigações positivas é o facto de que na prática elas requerem que as autoridades nacionais tomem as medidas necessárias para salvaguardar o direito ou, mais precisamente, de adotar medidas razoáveis e adequadas para proteger os direitos do indivíduo. Tais medidas podem ser práticas ou judiciais, *i.e.*, onde seja exetável que o Estado defina as sanções para os indivíduos que infrinjam a Convenção, quer sejam normas legais para um tipo de atividade ou para uma categoria de pessoas³²⁴.

Com base nas obrigações dos Estados sobre o artigo 1.º da CEDH³²⁵, de assegurar a todas as pessoas dentro da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos na Convenção, o TEDH desenvolveu a doutrina das obrigações positivas, de acordo com o qual as obrigações de um Estado membro não está restringido somente a se abster de interferir com os direitos humanos, mas os Estados podem estar também obrigados a adotar medidas preventivas ou de proteção, mesmo na esfera das relações dos indivíduos entre eles, onde seja necessário proteger os direitos humanos e providenciar os recursos para os abusos cometidos pelos particulares³²⁶. O objetivo das obrigações positivas é precisamente a aplicação efetiva da Convenção e dos seus direitos, não bastando apenas a existência de uma reparação legal, sendo necessário também que estas sejam efetivamente e proveitosamente exercidas³²⁷.

Apenas um número bastante limitado de obrigações positivas foi estabelecido desde o início, no texto da Convenção. Mas tal conceito não surgiu até o fim dos anos 60 no ímpeto do caso *Belgian linguistic case*³²⁸ e, desde aí o TEDH tem vindo a constantemente aumentar esta

³²³ Ver COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, “General Comment No. 3 [80]: *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on...*”, parágrafo 8.

³²⁴ Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations...”, p. 7.

³²⁵ Devido às decisões *Assanidze v. Georgia* e *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, o artigo 1.º é vista como a pedra basilar do sistema da Convenção enquanto uma fonte independente de obrigações gerais para os Estados. Estas obrigações gerais podem ser descritas como *quasi* autónomas, na medida em que elas surgem unicamente por virtude do artigo 1.º, mas não totalmente visto que a sua observância só pode ser testada por ocasião da sua aplicação a uma alegada violação de um dos direitos substantivos assegurados pela CEDH. Nessa medida, estas obrigações estão dependentes do seu contexto, dado que têm de ser examinadas por intermédio de uma provisão em específica. Nesse sentido, o artigo 1.º deve ser sempre conjugado com as provisões standards. Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations...”, p. 9.

³²⁶ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O’BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, p. 26.

³²⁷ Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations...”, pp.

³²⁸ *In the case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium* (Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), ECtHR, Judgment of 23 July 1968. Neste caso, os requerentes argumentaram que tais obrigações deveriam ser reconhecidas como sendo uma obrigação “de fazer algo”. O Tribunal recusou-se a apoiar esta visão judicial e preferiu encontrar uma provisão onde se pudesse apoiar, nomeadamente o artigo 2.º do Protocolo nº. 1, uma visão que foi mantida, por força de um princípio geral de atribuição, que refere que o Tribunal não é competente para proteger direitos que não tenham

categoria, com a adição de novos elementos, ao ponto de que todas as definições-padrão das provisões agora têm virtualmente um significado dual nos termos dos seus requerimento, um negativo e um positivo. De facto, o uso deste conceito de obrigações positivas permitiu o Tribunal fortalecer e, por vezes, estender, os requisitos substantivos do texto da Convenção e conectá-los às obrigações procedimentais independentes dos artigos 6.º e 13.º da CEDH e, adicionalmente, àqueles cobertos por esses artigos, tendo sempre como objetivo garantir o gozo efetivo dos direitos assegurados pela Convenção³²⁹. Nesse sentido, o escopo das obrigações positivas é notavelmente estável, sendo que o Tribunal faz questão de o reafirmar por diversas decisões como, por exemplo, nos casos *Oneryildiz v. Turkey*³³⁰, de 18 de junho de 2012 e o caso *Ouranio and Others v. Greece*³³¹, de 20 de outubro de 2005, na medida em que as obrigações positivas tendem, na essência, a assegurar as condições materiais e judiciais tangíveis para o genuíno exercício dos direitos protegidos na Convenção³³².

A jurisprudência do TEDH sobre as obrigações positivas tem dado azo a várias tentativas na doutrina de diferenciar obrigações positivas de acordo com o contexto e a margem de apreciação apropriada de que os Estados podem gozar com respeito à aplicação da Convenção, ou seja, até que extensão a Convenção pode por si criar obrigações para os indivíduos e entidades privadas (entidades não-estatais) que possam ser justificáveis na ordem legal interna das Partes Contratantes da CEDH. Existe alguma ambiguidade quanto à extensão da Convenção de criar obrigações não só para os Estados como também para as entidades privadas³³³.

Há Autores, como Alastair Mowbray e Jane Wright, que cada vez mais defendem que qualquer examinação das obrigações positivas dos Estados implica o escopo da obrigação de proteger os direitos dos indivíduos sob a Convenção das infrações pelas entidades não-estatais, articulando a ideia de que os direitos humanos podem na verdade ser infringidos por atores não-estatais. No entanto, há quem refira, como P. van Dijk e G. J. H. van Hoof, que de facto, não se pode deduzir do artigo 1.º se as Partes Contratantes estão obrigadas a assegurar os direitos e liberdades apenas em relação às autoridades públicas e em relação aos outros indivíduos, sugerindo que o caminho para compreender as obrigações dos Estados neste

por base na Convenção. A jurisprudência tem vindo a refletir sistematicamente esta tendência de conjugar as provisões base do texto da Convenção com o artigo 1.º, por forma a fundamentar as obrigações positivas, quer as substantivas como as procedimentais. Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations...”, pp. 7 a 8.

³²⁹ Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations...”, pp. 5 a 6.

³³⁰ *Oneryildiz v. Turkey* [2004] ECHR 657, (2005) 41 EHRR 20.

³³¹ *Ouranio Toxo and Others v. Greece* [2005] App No 74989/01 ECHR.

³³² Ver J. AKANDJI-KOMBE, “Positive Obligations...”, p. 10.

³³³ Ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Volume XV/1, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press, p. 349.

contexto é para olhar de perto e especificamente examinar os direitos em questão de forma a ver quais são os direitos passíveis de tal aplicação horizontal³³⁴.

O TEDH claramente referiu que a consagração do direito à vida privada na CEDH cria obrigações para os Estados que envolve a “adoção de medidas designadas para assegurar o respeito pela vida privada mesmo na esfera das relações dos indivíduos entre eles”, conforme referido no caso *X and Y v. The Netherlands* de 1985. Este princípio tem sido reafirmado pelo Tribunal mesmo para além do contexto do respeito pela vida privada, tendo o TEDH referido que, tal como o artigo 8.º, o artigo 11.º por vezes requer a adoção de medidas positivas mesmo na esfera das relações entre os indivíduos, como no caso *Plattform ‘Arzte fur das Leben’ v. Austria* de 1988³³⁵. As afirmações pelo Tribunal de que a Convenção engloba a esfera de relações entre os indivíduos privados tem importantes consequências além do escopo da responsabilidade do Estado para as obrigações positivas conforme determinado no TEDH, nomeadamente que a extensão do escopo dos direitos humanos na esfera privada significa que, quando os tribunais nacionais tenham ocasião de lidar com uma queixa apresentada contra um ator privado, aqueles pode considerar que a entidade privada tem obrigações de direitos humanos que advém da CEDH, conhecido como o efeito horizontal do artigo relevante da Convenção; e que a extensão para a esfera privada implicitamente exige consideração das obrigações atuais destes atores privados entre si mesmos³³⁶. Na ausência de uma jurisdição internacional ou nacional, tal exercício deverá ser considerado como “académico”. Mas existem múltiplos mecanismos para tentar assegurar a responsabilidade das entidades não estatais como, por exemplo, *procurement*, investimento e os acordos de garantia de crédito podem requerer que as empresas respeitem os direitos humanos. A jurisprudência do TEDH no que toca aos direitos humanos na esfera privada pode providenciar indicações úteis ao o que escopo destas obrigações de direitos humanos podem ser³³⁷.

O escopo das obrigações positivas do Estado para lidar com os atos de indivíduos privados que violem os direitos da Convenção de outros indivíduos dependerá do direito em questão. Em resposta à interpretação expansiva do TEDH das obrigações positivas sob a Convenção, as novas proteções desenvolvidas no Protocolo n.º 12 da Convenção, respeitantes à discriminação, foram expressamente limitadas de forma a evitar criar um conjunto extensivo de obrigações positivas. No entanto, mesmo em tais contextos, os redatores dos novos direitos anti

³³⁴ Ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations...*, pp. 350 a 351.

³³⁵ *Plattform ‘Arzte fur das Leben’ v. Austria* [1988] ECHR 15, App no 10126/82 (Application No) A/139 (Official Case No). Ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations...*, p. 351.

³³⁶ Ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations...*, pp. 351 a 352.

³³⁷ Ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations...*, p. 352.

discriminatórios reconheceram que certos contextos requerem uma atenção especial. No debate sobre o Protocolo n.º 12, os redatores e o Comité de Ministros adotaram, a 26 de junho 2000, o Relatório Explicativo ao Protocolo n.º 12 da CEDH³³⁸, que aborda a questão das obrigações positivas do Estado em assegurar o direito à não-discriminação de entidades não-estatais³³⁹. O Relatório destaca que o Artigo 1.º do Protocolo não se destina a impor uma obrigação geral positiva às Partes Contratantes de tomar medidas para prevenir ou remediar todas as instancias de discriminação nas relações entre as pessoas privadas. Contudo, o Relatório contruiu uma única exceção, a de que qualquer obrigação positiva na área das relações entre as pessoas privadas diria respeito, no máximo, às relações na esfera publica normalmente reguladas por lei, ao qual o Estado tem uma certa responsabilidade. O relatório usa a expressão “esfera pública” para cobrir não só as relações com as autoridades estatais, mas também as relações em áreas como o emprego, acesso aos restaurantes e acesso aos cuidados médicos. Assim, a proteção de direitos humanos na esfera privada cai dentro do escopo da Convenção e da jurisdição do Tribunal³⁴⁰.

Pode-se concluir que o artigo 1.º da CEDH tem sido interpretado de forma a assegurar, em primeiro lugar, uma regra geral e, em segundo, um principio de que certos contextos irão desencadear expetativas de que um Estado terá obrigações mais extensas e que a sua conduta estará sujeita a um maior nível de escrutínio pelo Tribunal. A regra geral requer que certos direitos sejam protegidos de violações por atores privados e que o Estado esteja obrigado a assegurar que o sistema legal proporcione soluções eficazes para indivíduos que aleguem que entidades não-estatais violaram o gozo dos seus direitos³⁴¹. Assim, a base para a responsabilidade do Estado sobre a Convenção de tais obrigações é que, ao contrário do artigo 1.º, o Estado tenha falhado em assegurar aos indivíduos dentro da sua jurisdição os direitos garantidos na Convenção ao não tornar ilegais os atos das entidades privadas que as infringem. O principio especial, por seu turno, é a de que há expetativas que, com respeito à proteção das crianças e outros indivíduos vulneráveis, as obrigações de um Estado estender-se-ão além de um remédio efetivo, aumentando o nível de escrutínio da conduta do Estado em assegurar que este cumpra a sua responsabilidade de proteger estes indivíduos da violência privada³⁴².

³³⁸ Convém salientar que o Relatório refere que este não constitui um instrumento para oferecer uma interpretação autoritária do texto do Protocolo, embora possa facilitar a compreensão das provisões do mesmo. COMITÉ DE DIREÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS DO CONSELHO DA EUROPA, *Relatório Explicativo ao Protocolo n.º 12 da Convenção Europeia de Direitos do Homem*, European Treaty Series - No. 177, Rome, 4.XI.2000, disponível em <https://rm.coe.int/16800cce48>.

³³⁹ Ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations...*, p. 354

³⁴⁰ Ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations...*, pp. 354 a 355.

³⁴¹ Ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations...*, p. 357.

³⁴² Ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations...*, p. 357.

Em algumas circunstâncias, o Tribunal tem considerado que uma dissuasão eficaz requer que um Estado criminalize a conduta dos atores privados, enquanto que noutros ordena a adoção de legislação, políticas ou a atribuição de recursos. O consentimento ou cumplicidade com os atos de particulares que violem os direitos previstos na CEDH podem dar azo à responsabilidade do Estado, mesmo quando os agentes do Estado agem *ultra vires* ou em contrário às instruções. Esta regra tem sido aplicada pelo TEDH de forma a responsabilizar os Estados por abusos contra atores não-estatais. Os Estados também estão obrigados a fornecer soluções eficazes para violações de direitos humanos, independente de quem o tenha praticado, seja este público ou particular³⁴³. Os casos onde a doutrina das obrigações positivas tem sido aplicada inclui também aqueles em que Estados de acolhimento foram responsabilizados por violações de Convenção como resultado de uma falha em proteger os indivíduos da interferência nos direitos humanos por atos das empresas, como no caso *Lopez Ostra v Spain*³⁴⁴ de 1994, onde a Espanha foi responsabilizada por falhar em proteger os seus residentes dos problemas ambientais e de saúde de uma instalação de tratamento de resíduos próxima, uma instalação construída com fundos do Estado e construída numa propriedade do Estado. Neste caso, o Tribunal entendeu que haveria uma interferência com os direitos protegidos pelo artigo 8.º seria desproporcionada e, portanto, ilegal. No caso *Taskin and Others v. Turkey*³⁴⁵, em 2004, o Estado falhou em prevenir danos ambientais por uma empresa mineira privada sofridos pelos residentes locais e, no caso *Guerra and Others v. Italy*³⁴⁶, de 1998, o Estado foi considerado responsável ao não informar da população local acerca da possibilidade de acidentes na fábrica³⁴⁷.

No caso *Fadeyeva v Russian Federation*³⁴⁸, o Tribunal entendeu que a responsabilidade do Estado pode surgir de uma falha em regular a indústria privada ou de falhar para cumprir a obrigação positiva de tomar medidas apropriadas e razoáveis de forma a assegurar os direitos humanos infringidos. No entanto, a limitação é a de que as ações e o incumprimento do Estado ou dos seus órgãos públicos devam ter suficientes repercussões diretas nos direitos humanos, podendo ser necessário provar que tal violação poderia ser evitada se o Estado tivesse tomado

³⁴³ Ver S. DHANARAJAN E C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), "Human Rights and...", p. 26.

³⁴⁴ *Lopez Ostra v. Spain* (1994) ECtHR App. No. 16798/90, 303-C (ser. A).

³⁴⁵ *Taskin and Others v. Turkey* (2004) ECtHR No. 46117/99 19.

³⁴⁶ *Guerra and Others v. Italy* (1998) ECtHR App. No. 14967/89 1.

³⁴⁷ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), "Human Rights and...", p. 27.

³⁴⁸ *Fadeyeva v. the Russian Federation* [2005] ECtHR No. 55273/00. Este caso diz respeito a uma questão relacionada com investimento privado na área siderúrgica. O Tribunal entendeu que o Estado estava numa posição de avaliar os riscos da poluição e para tomar as medidas mais adequadas para prevenir ou remediar tais riscos, dado o nexo suficiente entre as emissões poluentes e o Estado. Semelhantes posição foi seguida no caso *Powell v. UK*, de 1990, respeitante a um aeroporto privado e o incómodo que este causava aos requerentes.

medidas que fossem razoavelmente expectáveis³⁴⁹, conforme o caso de 2001 *E and Others v. UK*³⁵⁰, com respeito a um caso sobre cuidados psiquiátricos privados³⁵¹.

Quanto aos atos das empresas estatais ou empresas controladas pelo Estado que exerçam funções públicas que violem direitos humanos no âmbito da CEDH, o Estado pode ser responsabilizado diretamente. O TEDH tem vindo a entender que o Estado não pode ser inteiramente absolvido da sua responsabilidade pela delegação das suas obrigações de assegurar os direitos garantidos pela Convenção seja a órgãos privados ou indivíduos como, por exemplo nos casos *Van der Musselle v. Belgium*³⁵² de 1983, *Costello-Roberts v. UK*³⁵³ de 1993, e *Storck v. Germany*³⁵⁴ de 2005. O princípio é de que a potencial relevância em conexão com a contratação privada de serviços públicos, a combinação de critérios é aplicada pelo TEDH em determinar quer a corporação, em determinada ocasião, esteja a atuar enquanto agente do Estado, que incluem, conforme explicitado no caso *Yershova v. Russia*, de 2010³⁵⁵: o estatuto legal da corporação, questionando por exemplo, se se encontra estabelecido no âmbito do direito público ou se se trata de uma entidade legal separada sobre o direito privado; os direitos conferidos à empresa por virtude do seu estatuto legal, onde se questiona a possibilidade de a empresa gozar de direitos normalmente reservados às autoridades públicas; se a empresa é institucionalmente independente; se a empresa é operacionalmente independente, com referencia, por exemplo, à supervisão e controlo *de jure* ou *de facto* do Estado; a natureza da atividade empresarial em questão, isto é, se é normal considerar-se como uma “função pública” ou, ao invés, se seria uma “atividade empresarial normal” o contexto em que a atividade empresarial seja levada, tendo em consideração problemas como se a empresa tem uma posição de monopólio no mercado³⁵⁶.

O TEDH poderia igualmente sujeitar os atos das empresas à sua apreciação indiretamente através da consideração entre os direitos e a compatibilidade da jurisprudência dos tribunais nacionais entre partes privadas, sendo um deles uma entidade empresarial privada. Até ao momento, os casos deste tipo adjudicados ao TEDH considerados têm sido a discriminação no local de trabalho, liberdade de associação e de negociação coletiva (caso *Young James and Webster v. UK*³⁵⁷, de 1981), direito à privacidade contra a intrusão dos media (caso *Axel*

³⁴⁹ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, pp. 26 a 27.

³⁵⁰ *E and Others v. UK* [2002] ECtHR.

³⁵¹ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, p. 27.

³⁵² *Van der Musselle v. Belgium*, judgement of 23 November 1983, Series A no. 70.

³⁵³ *Costello-Roberts v. UK*, 1993, Series A no. 247-C.

³⁵⁴ *Storck v. Germany*, judgement of 16th June 2005.

³⁵⁵ *Yershova v. Russia*, judgment of 8th April 2010.

³⁵⁶ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, p. 27.

³⁵⁷ *Young James and Webster v. UK* [1981] ECtHR.

*Springer AG v. Germany*³⁵⁸ e o caso *Von Hannover v. Germany*³⁵⁹, ambos de 2012) e a liberdade de expressão e de receber informação (caso *Steel and Morris v. UK*³⁶⁰, de 2005)³⁶¹.

VII. Dimensão extraterritorial das obrigações dos Estados em proteger os direitos da CEDH contra atos cometidos fora do seu território

A jurisprudência do TEDH sobre a aplicação extraterritorial da Convenção é formada por uma noção de jurisdição “essencialmente territorial” que o Tribunal deriva do artigo 1.º da CEDH. Embora uma aplicação extraterritorial dos direitos da Convenção constitua uma exceção em vez da regra, o Tribunal tem atribuído à obrigação dos Estados de proteger os direitos humanos dentro da sua jurisdição uma interpretação lata que compreende ambas as instancias de jurisdição extraterritorial direta e medidas domésticas com implicações extraterritoriais. Conforme o Tribunal refere no caso *Bankovic*, os atos das Partes Contratantes realizados ou que produzam efeitos fora dos seus territórios podem ser constituídos um exercício de jurisdição por estes, dentro do significado do artigo 1.º da CEDH. Assim, a Convenção impõe também obrigações aos Estados de proteger os direitos humanos contra certas violações que são cometidos dentro do seu território, mas que produzam efeitos fora deste³⁶².

Assim, genericamente, podem-se distinguir quatro categorias de casos com dimensões extraterritoriais com base na jurisprudência do TEDH, conforme é explicitado por Daniel Augenstein, designadamente a jurisdição extraterritorial direta que envolva o Estado no exercício do “controlo efetivo” ou “influencia decisiva” sobre uma pessoa ou área fora do seu território; a jurisdição extraterritorial direta que envolva atividades de agentes diplomáticos ou consulares no estrangeiro, e que envolva atividades e pessoas a bordo de uma aeronave e navios registados ou que arvoem a bandeira daquele Estado; medidas nacionais com implicações extraterritoriais que envolvam a extradição ou expulsão de um indivíduo do território de um Estado que possa resultar numa violação séria de direitos humanos fora do seu território; e outras medidas nacionais com implicações extraterritoriais³⁶³.

Nos casos de “controlo efetivo”, um Estado pode ser considerado responsável pela violação de direitos sobre a CEDH de pessoas que estejam no território de outro Estado, mas que se encontrem sobre a autoridade e controlo daquele, através de agentes que operem, seja legal ou

³⁵⁸ *Axel Springer AG v. Germany* [2012] ECtHR.

³⁵⁹ *Von Hannover v. Germany* [2012] ECtHR – GC, no. 2.

³⁶⁰ *Steel and Morris v. UK* [2005] ECtHR.

³⁶¹ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, pp. 27 a 28.

³⁶² Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 23.

³⁶³ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 23.

ilegalmente, no território do outro Estado, como no caso *Issa*. No caso *Ilascu*, o TEDH aplicou esta doutrina a um caso onde as violações de direitos humanos foram cometidas por entidades não-estatais numa área que estava sobre o controlo, mas fora do território do Estado³⁶⁴.

Os melhores exemplos de violações dos direitos da Convenção através de medidas nacionais com implicações extraterritoriais são os casos que envolvem a extradição ou a expulsão de um indivíduo do território de um Estado parte da Convenção que possa dar azo a sérias violações de direitos humanos fora do território daquele Estado³⁶⁵.

Contudo o TEDH já considerou que os Estados podem violar a Convenção através de regulação nacional das atividades empresariais que violem os direitos da CEDH fora do território do Estado, como no caso *Kovacik*³⁶⁶.

Note-se que, sobre a atual jurisprudência do TEDH, a obrigação do Estado de proteger os direitos humanos contra violações cometidas por empresas que tenham lugar ou produzam efeitos fora do seu território é mais limitado do que a obrigação correspondente de proteger os direitos humanos dentro do seu próprio território. A responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos cometidos por empresas fora do seu território (jurisdição extraterritorial direta) pressupõe que o Estado exerça pelo menos uma influencia decisiva sobre uma área ou pessoa fora do seu território. Na lógica do caso *Issa*, o TEDH pode estar preparado para aceitar a responsabilidade do Estado por violações extraterritoriais cometidas por empresas, quando a conduta da empresa possa ser diretamente atribuída ao Estado (empresas a agirem como agentes do Estado). No que toca às medidas nacionais com efeitos extraterritoriais, a jurisprudência do TEDH pode ser tomada como uma indicação de que em certos casos, como a poluição ambiental transfronteiriça, os Estados Partes da CEDH podem ser responsabilizados ao falhar na regulação das atividades empresariais dentro do seu território que resultem em violações de direitos humanos no exterior³⁶⁷.

Para além disso, a persistência de violações de direitos humanos por empresas multinacionais tem dado azo a um debate contínuo quanto à extensão e adequação das presentes regras, havendo quem defenda uma interpretação expansiva da jurisdição extraterritorial, baseado na obrigação do Estado em proteger os direitos humanos e na doutrina das obrigações positivas, tendo inclusive tal abordagem (ou uma posição semelhante) sido adotada por órgãos das

³⁶⁴ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 24.

³⁶⁵ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 24.

³⁶⁶ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 24.

³⁶⁷ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 25.

Nações Unidas, pelo que o debate sobre a extraterritorialidade da CEDH está aberto a especulação³⁶⁸.

Conforme vimos, as obrigações dos Estados sobre a CEDH, de acordo com o seu artigo 1.º, é a de assegurar todos os direitos, dando azo à doutrina das obrigações positivas de proteger potenciais e atuais vítimas das violações pelas empresas (e outras entidades não-estatais no geral), que resultem de uma falha na adoção de legislação. Além disso, mesmo quando o comportamento da entidade seja proibido na ordem jurídica interna, podem haver obrigações positivas de assegurar o gozo dos direitos da Convenção. Os limites destas obrigações podem depender no que seja razoavelmente previsível nestas situações. Quando os direitos humanos em questão tenham limitações explícitas, os limites a estas obrigações positivas também podem ser deduzidos através da consideração da “essência” ou “substância” de um artigo em particular em conjunção com a sua clausula limitativa. Em alguns casos, legislação pode ser aprovada, mas revelar-se inadequada para apropriadamente proteger os direitos da Convenção das entidades não-estatais que gozem de poder no setor relevante. Em tal situação, o Estado será responsabilizado por violar a Convenção devido ao fracasso dos seus tribunais de balançar corretamente os direitos humanos das partes privadas em disputa³⁶⁹.

VIII. Conclusão

Com maior frequência tem se verificado o recurso à jurisdição extraterritorial em diversas áreas. A extraterritorialidade, enquanto um instrumento de atuação jurídica, pode se fundar em quatro justificações, designadamente para combater crimes internacionais, para endereçar crimes transnacionais, para exercer pressão no Estado de acolhimento, para melhorar as éticas da globalização e, por último, a jurisdição extraterritorial enquanto uma consequência não intencional. No entanto, o escopo extraterritorial dos direitos humanos em si é mais complexo, sendo que as situações extraterritoriais referidas na jurisprudência internacional e reconhecidas como abrangidas pela regulação de tratados de direitos humanos são limitadas, sendo controversas as concretas circunstâncias nas quais estas podem surgir e a sua extensão. A jurisprudência evolutiva tem vindo a endereçar algumas destas questões, mas muito continua por ser clarificado.

No que concerne às empresas enquanto atores não-estatais no âmbito do Direito Internacional, vimos que embora as empresas não sejam um sujeito clássico de Direito Internacional, regista-

³⁶⁸ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, pp. 13 a 14.

³⁶⁹ Ver A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations...*, pp. 419 a 420.

se um desenvolvimento legal quanto a estas, em grande parte devido à alteração do contexto económico, sendo que hoje em dia as empresas dispõem de mais recursos em comparação com determinados Estados mais pequenos, podem dispor de um forte apoio diplomático por parte do seu Estado de origem, e podem celebrar acordos com governos estrangeiros, que muitas vezes possui as características de acordos celebrados entre Estados. Contudo, o Direito Internacional como se encontra atualmente não proporciona um critério legal explícito e preciso quanto à responsabilidade para as empresas, seja civil e penal, com respeito às violações de direitos humanos pelo que, nesse sentido, dificilmente estas entidades empresarias possam ser reconhecidas como sujeitos no âmbito do Direito Internacional e assim serem responsabilizadas por violações de direitos humanos neste plano.

Mesmo no seio da UE, tem se debatido as questões da extraterritorialidade, das empresas e dos direitos humanos, sendo a questão da interligação entre a extraterritorialidade e a atividade das empresas objeto de atenção no âmbito da responsabilidade social das empresas ou *corporate social responsibility*. No entanto, visto que CSR é um modelo puramente voluntário de autorregulação que é adotada pelas próprias empresas, são necessárias soluções mais assertivas para responder à economia globalizada de hoje em dia, de forma a colmatar os problemas que surjam quanto à atuação das empresas europeias no estrangeiro.

Conforme vimos, a adesão da UE à CEDH terá importantes implicações no âmbito da proteção dos direitos humanos a nível europeu, com benefícios para ambos os lados. Por um lado, as características jurídicas específicas da UE, em particular a existência de um tribunal com jurisdição obrigatória como é o Tribunal Europeu de Justiça permite que as potencialidades da extraterritorialidade sejam usadas de forma conducente a uma efetiva proteção dos direitos humanos e a uma efetiva preservação do ambiente em espaços extracomunitários em termos consonantes com os padrões em vigor no espaço geográfico da UE³⁷⁰. Por outro lado, a vasta experiência prática da jurisprudência do TEDH no que toca à CEDH, tal como os seus mecanismos de monitorização e o trabalho realizado no seio do Conselho da Europa oferece a possibilidade de uma maior integração da proteção de direitos humanos nos mecanismos e regulamentação legais existentes, e possibilitando igualmente explorar possibilidades mais sistemáticas para a proteção de direitos humanos em relação às empresas europeias que operem fora da EU e dos seus Estados-Membros, que é o enfoque deste estudo.

O enquadramento legal existente dos direitos humanos aplicáveis a empresas que operam fora da UE é complexo e multifacetado, englobando diferentes autoridades ao nível nacional,

³⁷⁰ Ver F. LOUREIRO BASTOS, “Algumas notas sobre...”, p. 453.

européu e internacional, pelo que a delimitação entre o que é legalmente requerido ou permitido e o que politicamente fazível ou oportuno muitas vezes é difícil, pelo que o papel da vontade política é crucial³⁷¹.

Embora a CEDH consista num sistema avançado de proteção de direitos humanos contra abusos extraterritoriais cometidos por empresas, ela ainda está longe de atribuir um caminho claro e inequívoco para os Estados, em relação às suas obrigações de direitos humanos. Os standards procedimentais e substantivos desenvolvidos pela jurisprudência do TEDH podem servir de base para a UE e os Estados-Membros para aprofundarem e desenvolverem standards normativos relativamente ao comércio e direitos humanos, servindo de guia às autoridades públicas e agências dos diferentes Estados-Membros da UE que interagem diretamente com as empresas, assim contribuindo para a redução da incoerência legal e política existente, e clarificando igualmente as expectativas que os Estados têm das empresas no que respeita à sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos³⁷².

Em geral, o escopo de aplicação da CEDH é territorial e mesmo no âmbito de Direito Internacional Público, a jurisdição de tratados de direitos humano é essencialmente territorial. O significado de “jurisdição” sobre o artigo 1.º desta refere-se, em regra, ao território nacional das Partes Contratantes e, excecionalmente, os atos ou omissões realizadas ou que produzam efeitos fora do território de um Estado que seja Parte Contratante. Nestes casos, conforme vimos, a CEDH aplicar-se-á quando um Estado exerça controlo efetivo sobre um determinado território estrangeiro (territorial), ou autoridade e controlo sobre indivíduos (pessoal) fora do seu território nacional e, mesmo neste caso, isto apenas aplicar-se-á ao atos e omissões de órgãos do Estado. Assim, com a exceção das empresas estatais, concluir-se-ia que a CEDH não se aplicaria diretamente às entidades não-estatais³⁷³.

No entanto, no âmbito das obrigações dos Estados-membros sobre a CEDH e numa interpretação expansiva de jurisdição extraterritorial, com especial enfoque na teoria das obrigações positivas, *i.e.*, a adoção de medidas preventivas ou de proteção onde seja necessário proteger os direitos humanos enquanto uma obrigação de um Estado, seja de origem como de acolhimento, podemos discernir que o artigo 1.º da CEDH tem sido interpretado de forma a assegurar uma regra geral e uma especial. A regra geral requer que certos direitos sejam protegidos de violações por atores privados, sendo a base para a responsabilidade do Estado sobre a CEDH de tais obrigações a falha do Estado em assegurar aos indivíduos dentro da sua

³⁷¹ Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 77.

³⁷² Ver D. AUGENSTEIN, “Study on the Legal Framework...”, p. 31

³⁷³ Ver S. DHANARAJAN e C. METHVEN O'BRIEN (Main Rapporteurs), “Human Rights and...”, p. 28.

jurisdição os direitos garantidos na Convenção ao não tornar ilegais os atos das entidades privadas que as infringem, enquanto o princípio especial, por seu turno, é a de que há expectativas que as obrigações de um Estado estender-se-ão além de um remédio efetivo, aumentando o nível de escrutínio da conduta do Estado em assegurar que o este cumpra a sua responsabilidade de proteger estes indivíduos da violência privada.

Nesse sentido, os Estados estão também obrigados a fornecer soluções eficazes para violações de direitos humanos, independentemente de quem os tenha praticado, seja público ou particular.

Embora a jurisprudência do TEDH sobre a aplicação extraterritorial da CEDH seja formada por uma noção de jurisdição territorial, que deriva do artigo 1.º da Convenção, o Tribunal tem igualmente atribuído à obrigação dos Estados de proteger os direitos humanos uma interpretação lata que compreende ambas as instâncias de jurisdição extraterritorial direta e medidas domésticas com implicações extraterritoriais e, no seguimento de uma interpretação evolutiva da CEDH, é defensável que num futuro próximo os Estados membros da CEDH e da própria UE possam ser responsabilizados por violações de direitos humanos cometidos por empresas europeias no estrangeiro.

IX. Bibliografia

i) Doutrina

- AUGENSTEIN D., “Study on the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises operating outside the European Union”, submitted by the University of Edinburgh, European Commission, 2009
- AKANDJI-KOMBE J., “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights – A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights”, Human Rights Handbook no. 7, Directorate General of Human Rights, Council of Europe, 2007
- BERNAZ N., “Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion”, *Journal of Business Ethics*, 2013, Volume 117, Number 3
- BUDZIANOWSKA D. C., “Some Reflections on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights”, *Wroclaw Review of Law, Administration and Economics*, Vol. 2:1, 2012
- CHYNOWETH P., ‘Legal Research’ em *Legal Research in the Built Environment: A Methodological Framework*, Research Institute for the Built and Human Environment, University of Salford, 2008
- CLAPHAM A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Volume XV/1, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press
- CRAWFORD J., *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8th Edition, Oxford University Press, 2012
- DE SCHUTTER O., “The Accountability of Multinationals for Human Rights violations in European Law”, Center for Human Rights and Global Justice (NYE School of Law), Working Paper Number 1, 2004
- DE SCHUTTER O., “Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations”, Background Paper for the

Seminar organized in collaboration with the Office of the UN High Commissioner for Human Rights 3-4 November 2006 on the issue of human rights on transnational corporations and other enterprises, Faculté de Droit de L'Université Catholique de Louvain, December 2006

- DHANARAJAN S. e METHVEN O'BRIEN C. (Main Rapporteurs), "Human Rights and Businesses, 14th Informal ASEM Seminar on Human Rights", Background Paper, Asia-Europe Meeting 18-20 November 2014, Hanoi (Vietnam)
- DUARTE M. LUÍSA, *O Conselho da Europa e a Proteção dos Direitos do Homem*, Documentação e Direito Comparado, n.º 39/40 1989, Procuradoria Geral da República, Lisboa, 1991
- DUARTE M. LUÍSA, *União Europeia e Direitos Fundamentais – No Espaço da Internormatividade*, AAFDL, Lisboa, 2013
- DZEHTSIAROU K., "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights" em *German Law Journal*, Vol. 12, n.º 10, 2011
- FROWEIN J., "European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950)" em Max Planck Encyclopedia of Public International Law
- GAJA G. (Eds. Andrea Biondi, Piet Eeckhout e Stefanie Ripley), "Accession to the ECHR" em *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012
- GONDEK M., *The Reach of Human Rights in a Globalising World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, School of Human Rights Research Series Volume 32, Intersentia, 2009
- GREER S., "Implications of Brexit for the European Convention on Human Rights", E-International Relations, Julho 2017, disponível em <http://www.e->

ir.info/2017/07/27/implications-of-brex-it-for-the-european-convention-on-human-rights/

- HERDEGEN M., “Interpretation in International Law”, em Max Planck Encyclopedia of Public International Law, March 2013
- JACOBS F. e WHITE A., *The European Convention on Human Rights*, 2nd Ed., Clarendon Press, Oxford, 1996
- KAISER K., “Treaties, Direct Applicability” em Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law, February 2013
- KARSKA E. e KARSKI K., “Introduction: Extraterritorial Scope of Human Rights”, *International Community Law Review* 12, 2015
- KLABBERS J., *International Law*, Cambridge University Press, 2013
- LAZOWSKI A. e WESSEL R. A., “The European Court of Justice blocks the EU’s accession to the ECHR”, CEPS Commentary, Centre for European Policy Studies, Janeiro 2015
- LOUREIRO BASTOS F. (Coord. Marcelo Rebelo de Sousa, Eduardo Vera-Cruz Pinto), “Algumas notas sobre globalização e extraterritorialidade” in *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Vol. I, Almedina, 2016
- LOWE V., *International Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2007
- MACHADO J. E. M., *Direito Internacional*, 4.^a ed., Coimbra Editora
- MAROCHINI M., “The Interpretation of the European Convention on Human Rights”, 51 *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51, 1/2014

- MILLER S., “Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, n.º 4, 2009
- MUCHLINSKI P. T., “Corporations in International Law” em *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, 2014
- MURDOCH J. e ROCHE R., “The European Convention on Human Rights and Policing: A Handbook for Police Officers and Other Law Enforcement Officials”, Council of Europe Publishing, Dezembro 2013
- NOGUEIRA V. P., “O Conselho da Europa: Contribuições do passado, desafios da atualidade” em *Relações Internacionais*, n.º 9, Março 2006
- PENTIKAINEN M., “Changing International ‘Subjectivity’ and Rights and Obligations under International Law – Status of Corporations, *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 1, January, 2012
- POLAKIEWICZ J., “The Relationship Between the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights – Some proposals for a coherent system of human rights protection in Europe” em *The European Union and the International Legal Order: Discordo or Harmony?*, Vincent Kronenberger (Ed.), T.M.C. Asser Instituut Press – The Hague , 2001
- SHAW M. N., *International Law*, 4th Edition, Cambridge University Press, 1997
- SIMMA B. e MULLER A.Th. (Eds. James Crawford e Martti Koskeniemi), “Exercise and limits of jurisdiction” em *The Cambridge Companion to International Law*, , Cambridge University Press, 2012
- STEINORTH C., “Bankovic Case” em *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, December 2012

- TAEKEMA S. e VAN KLINK B., ‘On the Boarder. Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research’, B.M.J. van Klink & H.S. Taekema (Eds.), *Law and Method. Interdisciplinary Research into Law*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011
- VIOLANTE T. (Org. Nuno Canas Mendes e Francisco Pereira Coutinho), “Conselho da Europa” em *Enciclopédia das Relações Internacionais*, D.Quixote, 2014
- WEIL G. L., “The Evolution of the European Convention on Human Rights”, *The American Journal of International Law*, Vol. 57, 1963
- ZERK J. A., “Extraterritorial Jurisdiction: Lessons for the Business and Human Rights Sphere from Six Regulatory Areas”, Corporate Social Responsibility Initiative, Working Paper no 59, June 2010

ii) Documentos e Legislação

- AÇÃO EXTERNA DA UNIÃO EUROPEIA, “The Council of Europe and the EU”, disponível em <https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/en/1837/The%20Council%20of%20Europe%20and%20the%20EU>
- ASSEMBLEIA PARLAMENTAR, “Working Structure: The Bureau and the committees”, disponível em http://website-pace.net/en_GB/web/apce/bureau-and-committees.
- COMITÉ DE DIREÇÃO PARA OS DIREITOS HUMANOS DO CONSELHO DA EUROPA, *Relatório Explicativo ao Protocolo n.º 12 da Convenção Europeia de Direitos do Homem*, European Treaty Series - No. 177, Rome, 4.XI.2000, disponível em <https://rm.coe.int/16800cce48>
- COMITÉ DE MINISTROS, “Declaration of the Committee of Ministers on the UN Guiding Principles on business and human rights”, CDDH-CORP(2014)10, 2014, disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c6ee3b
- COMITÉ DE MINISTROS, “Recommendation of the Committee of Ministers to member States on human rights and business”, CM/Rec(2016)3, 2016, disponível em [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec\(2016\)3&Language=lanEnglish&](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Rec(2016)3&Language=lanEnglish&)

[Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](#)

- COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, “General Comment no. 31 [80]: *The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*”, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, disponível em <http://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html>
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, “LIVRO VERDE: Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas”, COM(2001)366 final
- COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU, *Report of the International Law Commission*, Annex E, U.N. Doc. A/61/10, 2006
- COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts with commentaries”, 2001
- COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU, “Analytical Guide to the Work of the International Law Commission: Law of treaties”, disponível em http://legal.un.org/ilc/guide/1_1.shtml
- COMISSÃO EUROPEIA, Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 8 May 2001 - the European Union's role in promoting human rights and democratisation in third countries [COM(2001) 252 final - not published in the Official Journal]
- COMISSÃO EUROPEIA, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility /* COM/2011/0681 final */
- COMISSÃO EUROPEIA, EUROPE 2020 - A strategy for smart, sustainable and inclusive growth /* COM/2010/2020 final */

- COMISSÃO EUROPEIA, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Single Market Act Twelve levers to boost growth and strengthen confidence "Working together to create new growth" /* COM/2011/0206 final */
- COMISSÃO EUROPEIA, Communication of 28 November 2010 from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - An Integrated Industrial Policy for the Globalisation Era, Putting Competitiveness and Sustainability at Centre Stage [[COM \(2010\) 614](#) final - not published in the Official Journal].
- CONSELHO DA EUROPA, *The Council of Europe – A concise guide*, Directorate of Press and Information, Strasbourg 1982
- CONSELHO DA EUROPA, “Protect and promote Human Rights – Human Rights Development”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/>
- CONSELHO DA EUROPA, “47 Member States”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states>
- CONSELHO DA EUROPA, “About Treaties: About Conventions in the Council of Europe Treaty Series (CETS)”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/about-treaties>
- CONSELHO DA EUROPA, “Participation of Non-member States”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/participation-of-non-member-states>
- CONSELHO DA EUROPA, “The Committee of Ministers”, disponível em <http://www.coe.int/en/web/cm>
- CONSELHO DA EUROPA, “O Conselho da Europa: Guardião dos Direitos Humanos (Resumo)”, disponível em <https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUK EwjVzdqt-7TXAhWEXRoKHRjOAiEQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fedoc.coe.int%2Fen>

[%2Findex.php%3Fcontroller%3Dget-file%26freeid%3D5795&usg=AOvVaw18Ns26d00Tk009553glw7](#)

- CONSELHO DA EUROPA, “The Council of Europe in a brief - Do not get confused”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/about-us/do-not-get-confused?desktop=true>
- CONSELHO DA EUROPA, “The Council of Europe and the European Union – The Council of Europe and the European Union: different roles, shared values”, disponível em <http://www.coe.int/en/web/portal/european-union>
- CONSELHO DA EUROPA, “The Council of Europe’s Relations with the European Union”, disponível em <http://www.coe.int/en/web/der/european-union>
- CONSELHO DA EUROPA, “Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights – Answers to frequently asked questions”, 1 de junho de 2010, disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/UE_FAQ_ENG.pdf
- CONSELHO DA EUROPA, “Search on Treaties: Human Rights (Convention and Protocols only)”, disponível em <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3>
- CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM
- CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS
- EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, “Business and Human Rights”, disponível em https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights.html
- ESTATUTOS DO CONSELHO DA EUROPA
- ESTATUTO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

- FINANCIAL TIMES, “Catalonia’s economic strength fuels independence push”, 28 de setembro de 2017, disponível em <https://www.ft.com/content/62118282-a35a-11e7-b797-b61809486fe2>
- J. JUNCKER, “Council of Europe – European Union: A sole ambition for the European Union”, Report by Jean-Claude Juncker, Prime minister of the Grand Duchy of Luxemburg, to the attention of the Heads of State or Government of the Member States of the Council of Europe, Abril, 2006
- PARLAMENTO EUROPEU, *European Parliament Resolution of 13th March 2007 on Corporate Social Responsibility: A New Partnership* (2006/2133(INI)).
- TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Travaux Préparatoires de l’Article 63 de la Convention européenne des Droits de l’Homme*, Cour Européenne des Droits de L’Homme, Strasbourg 2 March 1978
- TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, “Accession of the European Union”, disponível em <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/accessionEU&c=>
- TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, “Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights”, 1999
- TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports 1949
- TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/13*, ECLI:EU:C:2014:2454
- TRIBUNAL EUROPEU DE JUSTIÇA, *Opinion 2/94* [1996] ECJ I-1759, 1789

iii) Jurisprudência

- *Al-Adsani v. The United Kingdom* (Application no. 35763/97) JUDGMENT STRASBOURG 21 November 2001
- *Assanidze v Georgia*, Admissibility, merits and just satisfaction, App No 71503/01, ECHR 2004-II, [2004] ECHR 140, (2004) 39 EHRR 32, (2004) 39 EHRR 653, IHRL 3183 (ECHR 2004), 8th April 2004, European Court of Human Rights [ECtHR, Grand Chamber]
- *Axel Springer AG v. Germany* [2012] ECtHR
- *Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other Contracting Parties*, Decision as to the admissibility of Application no. 52207/99 of 12 December 2001, European Court of Human Rights (Grand Chamber)
- *Cyprus v. Turkey*, Merits, App no 25781/94, ECHR 2001-IV, (2002) 35 EHRR 731, [2001] ECHR 331, (2002) 35 EHRR 30, 11 BHRC 45, IHRL 3076 (ECHR 2001), 10th May 2001, European Court of Human Rights [ECtHR, Grand Chamber]
- *Costello-Roberts v. UK*, 1993, Series A no. 247-C
- *Dougoz v. Greece* (2002) 34 E.H.R.R. 61
- *Drozdz and Janousek v. France and Spain*, Admissibility and merits, App No 12747/87, A/240, [1992] ECHR 52, (1992) 14 EHRR 745, IHRL 2938 (ECHR 1992), 26th June 1992, European Court of Human Rights [ECtHR]
- *E and Others v. UK* [2002] ECtHR
- *Engel and Others v. The Netherlands* (1979-80) 1 E.H.R.R. 647
- *Fadeyeva v the Russian Federation* [2005] ECtHR No. 55273/00
- *Garcia Ruiz v. Spain* (2001) 31 E.H.R.R. 22
- *Golder v. United Kingdom* (1979-80) 1 E.H.R.R. 524
- *Guerra and Others v. Italy* (1998) ECtHR App. No. 14967/89 1
- *Hatton and Others v. United Kingdom* (GC judgement) (1989) 11 E.H.R.R. 439
- *Hess v. United Kingdom*, ECHR 28 May 1975, DC 138, 6231/73
- *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, 48787/99, Council of Europe: European Court of Human Rights, 8 July 2004
- *In the case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v Belgium* (Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), ECtHR, Judgment of 23 July 1968

- *Ireland v. United Kingdom*, 5310/71, Series A no 25, p 65, [1978] ECHR 1, (1978) 2 EHRR 25
- *Issa and Others v. Turkey*, ECHR 16 Nov 2004, 17 BHRC 473, 31821/96, [2004] ECHR 629, (2005) 41 EHRR 27
- *Johnston and Others v. Ireland* (1987) 9. E.H.R.R. 203
- Joint Dissenting Opinion of Judges Pettiti, Valticos and Lopes Rocha, approved by Judges Walsh and Spielmann in *Drozdz and Janousek v France and Spain*, Admissibility and merits, App No 12747/87, A/240, [1992] ECHR 52, (1992) 14 EHRR 745, IHRL 2938 (ECHR 1992), 26th June 1992, European Court of Human Rights [ECtHR]
- *Loizidou v. Turkey*, 40/1993/435/514, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 February 1995
- *Lopez Ostra v. Spain* (1994) ECtHR App. No. 16798/90, 303-C (ser. A)
- *Marckx v. Belgium* (1979-80) 2 E.H.R.R. 330
- *Öcalan v. Turkey*, Admissibility, merits and just satisfaction, App no 46221/99, ECHR 2005-IV, [2005] ECHR 282, (2005) 41 EHRR 985, 18 BHRC 293, IHRL 3249 (ECHR 2005), 12th May 2005, European Court of Human Rights [ECtHR, Grand Chamber].
- *Oneryildiz v. Turkey* [2004] ECHR 657, (2005) 41 EHRR 20
- *Open Door and Dublin Well Women v. Ireland* (1993) 15 E.H.R.R. 244
- *Ouranio Toxo and Others v. Greece* [2005] App No 74989/01 ECHR
- *Plattform 'Ärzte für das Leben' v. Austria*, [1988] ECHR 15, App no 10126/82 (Application No), A/139 (Official Case No)
- *Pretty v. United Kingdom* (2002) 35 E.H.R.R. 1
- *Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice*, Judg. 2 XII 63, disponível em <http://www.icj-cij.org/files/case-related/48/048-19631202-JUD-01-06-EN.pdf>
- *Siliadin v. France*, Judgement of 26 June 2005
- *Steel and Morris v. UK* [2005] ECtHR
- *Storck v. Germany*, judgement of 16th June 2005
- *Taskin and Others v. Turkey* (2004) ECtHR No. 46117/99 19
- *Tyer v. United Kingdom* (1979-80) 2. E.H.H.R. 1 [31]
- *Van der Mussele v. Belgium*, judgement of 23 November 1983, Series A no. 70
- *Von Hannover v. Germany* [2012] ECtHR – GC, no. 2
- *Von Maltzan and Others v. Germany* (application no. 71916/01), *von Zitzewitz and Others v. Germany* (no. 71917/01) and *Man Ferrostaal and Alfred Töpfer Stiftung v.*

Germany (no. 10260/02) Grand Chamber of the European Court of Human Rights, 2005

- *X v. The Federal Republic of Germany*, ECommHR, Decision of 25 September of 1965, Application no. 1611/62, 8 (1965) Yearbook of the ECHR 158
- *X v. United Kingdom*, ECHR 15 Dec 1977, 12 DR 73, 7547/76
- *X and Y v. The Netherlands*, 4 ECHR 8978/80 26 Mar 1985, 8 EHRR 235
- *Yershova v. Russia*, judgment of 8th April 2010
- *Young James and Webster v. UK* [1981] ECtHR